

和仏法律学校講義録

著者	中島 玉吉, 竹井 耕一郎, 塚田 達二郎, 若槻 禮次郎, 中村 進午, 高橋 作衛
出版者	和仏法律学校
巻	1-1
ページ	1-54
発行年	1901-11-05
URL	http://hdl.handle.net/10114/5238

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23

明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可
明治三十四年十一月五日發行

三十五年
第一學年

明治三十五年
第一學年
（自第二學年
至第三學年）

完
冊數三十冊

義錄

校發行

第一號

(明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可 十一月五日發行)

三十五年第一學年

和佛法律學校講義錄

和佛法律學校發行

第壹號

第一學年第一號目次

法學通論 (自二四)

法學士 中島 玉吉

憲法 (自一六)

法學士 竹井耕一 耶

民法總則 (自第一章至第三章) (自一六)

法學士 塚田達二 耶

民法總則 (自第四章至第六章) (自一〇)

法學士 若槻禮次 耶

國際公法 (平時) (自一〇)

法學博士 中村 進 午

國際公法 (非常) (自二〇)

法學博士 高橋 作 衛

雜報

○永代借地權ニ關スル法律ノ公布 ○討論會 ○議議會 ○高等特別科ノ新設
○乾講師ノ留學 ○中山講師ノ招聘

法學通論

法學士 中島 玉吉 講述

緒言

一 法學通論ノ目的

法學通論ハ如何ナルコトヲ研究スル學問ナルヤト云フニ由來ニ主義アリ第一ノ主義ヲ形式的法學通論ト稱シ法律ト他ノ科學トノ關係及ヒ法律各部相互ノ關係ヲ研究スルヲ以テ目的トス第二ノ主義ハ實質的法學通論ト稱シ法律各部ノ内容ニ入リテ説明ヲ試ムルモノナリ此ニ主義ハ各一得一失アリテ其一方ニミ偏スヘカラス予ハ本講義ニ於テ法律學ト他ノ科學トノ關係及ヒ法律學全體ニ通スル重要ノ觀念ヲ説明セント欲ス

法學通論 緒言

090
1902
1-11

二 法學通論研究ノ必要

法學通論ハ何ノ爲メニ學フヤ法學通論ハ法律ノ各部研究ニ入ルノ階梯ト爲リ又偏頗ニ流ルルノ弊ヲ矯正シ更ニ進ミテ法律ノ原則ヲ明カニスルコトヲ得ルモノナルカ故ニ法律ヲ研究スル者ハ必ス先ツ法學通論ヨリ始メサルヘカラス予ハ本講義ヲ分チテ第一法律學ハ如何ナル學問ナルヤ第二法律トハ何シヤ第三權利及ヒ義務ノ如何ナルモノナルヤニ分別シテ説明セシトス

本論

第一章 法律學

第一節 法律學ノ地位及本領

總テ科學ノ目的ハ多數ノ現象ニ共通ナル原則ヲ發見スルニ在リ即チ宇宙間一切ノ現象ニ共通ナル原則ヲ發見スルハ純正哲學ノ目的ニシテ自然界ノ現象ニ通スル原則ヲ發見スルハ自然科學ノ目的トスル所ナリ而シテ人類社會上ノ現象ニ共通ナル原則ヲ發見スルコトハ社會學ノ目的ニシテ法律學ハ人類社會上

ノ現象ノ一部ニ關スルモノナルカ故ニ法律學ハ社會學ノ一部ナリ所謂原則ト稱スルハ多數ノ現象ニ共通ナル規則ニシテ宇宙間ノ現象ハ千差萬別殆ト極マリナシト雖モ其間自ラ多數ノ現象ニ共通ナル規則ノ存スルアリ此原則ヲ知ルル科學ノ目的タリ法律上ノ現象モ亦固ヨリ多岐複雑ナリト雖モ精思熟考スルトキハ其間ニ萬般ノ法律現象ニ貫通スル所ノ原理アリ此原理ヲ研究スルコトヲ以テ法律學ノ目的トス而シテ此原則ヲ了知スルコトヲ科學的智識ト稱ス箇箇ノ事物又ハ法律ノ正真正正暗誦スルカ如キモノノ智識ナルニ相違ナキモ多數ノ法律現象ニ貫通スル所ノ規則ヲ了知スルモノニ非サルヲ以テ法律學上ノ智識又ハ學識ト稱スルコトヲ得サルナリ例ヘハ贈與モノノ法律現象ナリ賣買モノノ法律現象ナリ一ハ代價ヲ拂ヒ一ハ代價ヲ拂フコトナシ其差固ヨリ尠少ニ非スト雖モ其間ニ兩者ヲ貫通スル所ノ原則ノ存スルアリ即チ契約ニハ二人以上ノ意思ノ合致ヲ要スト云フ條理アルカ如キ是ナリ然ルニ自然界ノ現象ハ人類ノ自由意思ノ作用ニ基カサルヲ以テ一定不動ノ原則ノ支配ヲ受タルモ社會上ノ現象ハ人類ノ自由意思ニ基キ今日是小スル所ハ

明日非ト爲リ時ト場所トニ從ヒテ變化極マリナク到底一定不動ノ原則ノ存スヘキモノニ非ス故ニ之ヲ一ノ科學トシテ研究スルヲ得スト主張スル學者ナキニ非スト雖モ生物學、心理學ノ進歩スルニ從ヒ吾人ノ精神ノ作用モ亦一定ノ規則ノ支配ヲ受クルモノナルコトヲ證スルニ至レリ而シテ人類ノ精神作用ニ關スル現象ハ之ヲ物理學、化學等ノ自然界ノ現象ニ比スレハ極メテ複雜ナルカ故ニ其原則ヲ發見スルコトハ大ニ困難ナルヘシ然レトモ困難ナルヲ以テ原則ナシト謂フコト能ハサルヤ勿論ナリトス總テ論理法ニ基キ科學的ノ研究ヲ爲スニハ先ツ研究ノ範圍ヲ定ムルコトヲ要ス其範圍本領ヲ明定セサレハ科學的ノ研究ハ決シテ爲シ得ラレサルモノナリ即チ歸納法ニ依リテ研究スルニハ其研究ノ材料ヲ目的範圍内ノ現象ニ取ラサルヘカラス又演繹法ヲ用フルニハ目的ニ適切ナル性質ヲ取リテ前提ヲ定メサルヘカラス此點ニ付テ最モ力ヲ用ヒタルハ「ジョン、オースチン氏」ニシテ氏ハ其遺著「法理學」ニ於テ第一卷ノ半ヲモ費シテ詳論シ先ツ「ベール」ノ論スル所ハ漠然トシテ要領ヲ得ス又「ベンザム」ノ論スル所ハ立法論ナリト批難シ自ラ法理學ノ定義ヲ下シテ法理學トハ成法ヲ研究

スル科學ナリ故ニ成法以外ノモノハ法理學中ニ入ルヘキモノニ非ストセリ其說ノ當否ハ別問題トシテ其當時自然法學說盛ニシテ法律學ノ範圍ニ付キ重キヲ置ク者ナキ時代ニ於テ此論ヲ爲シタルハ實ニ卑見ト謂ハサルヘカラス而シテ今日ニ於テハ何人モ法律ノ科學的研究ニ其範圍ヲ明定スルコトヲ要スルヲ認ムルニ至レリ然レトモ予ヲ以テ觀ルニ「オースチン氏」ノ定義ハ狹キニ失シタルノ憾アリ夫レ法律ハ「ゾーム」等ノ言ヘル如ク有機的ノ組織ヲ有シ有機的ノ發達ヲ遂ケタルモノナリ故ニ法律上ノ原則ハ一トシテ偶然ニ發生シタルモノナク又一ノ原則ト他ノ原則トハ密接ナル關係ヲ有シテ齒唇輔車ト爲リテ發達シタルモノナリ故ニ成法ノ精神ヲ明カニセンニハ必ス其由來ヲ研究スルコトヲ必要ト爲ス換言セハ現在ノ法律ヲ明知スルニハ必ス過去ノ法律即チ法律ノ歴史ヲ研究セサルヘカラス又法律ノ良否ヲ批評シ法律ノ圓滿ナル發達ヲ期スルニハ立法論ハ決シテ等閑ニ付スルヲ得ス即チ將來如何ナル法律ヲ制定スヘキカラ研究スルコトモ亦必要ナリ「オースチン氏」力法ハ此ノ如シト云フコトヲ法理學ノ本領トシテ「法ハ斯クナラサルヘカラス」ト云フコトヲ法理學ノ範圍外ト

爲シタルハ法律ノ靜止ノ狀態ヲ觀テ立論シタルモノニシテ法ハ有機的ニ發達シタルモノナルコトニ重キヲ置カザリシハ遺憾トスル所ナリ
伊國ノ歴史派ニ屬スル大家、ビーコー氏ハ法律學ヲ三大部ニ分チテ第一、法律哲學第二、法律歴史第三、法律哲學應用術ト爲ス而シテ氏カ法律哲學應用術ヲ法律學中ニ編入シタルハ感服スルコト能ハサルモ法律史ニ重キヲ置キタルハ大ニ見ルヘキモノナリ然レトモ尙ホ立法論ヲ忽ニシタルヲ遺憾トス予ハ第一、法律ノ歴史即チ過失ノ法律第二、成法即チ現在ノ法律第三、立法論即チ將來ノ法律ノ三ニ分類シテ之ヲ法律學ノ本領トセザルヘカラスト信ス

第二節 法律學ト他ノ科學トノ關係

凡ソ宇宙間ノ事物ハ互ニ關係ヲ有セサルモノナシ吾人カ俗ニ無關係ト稱スルハ其關係カ間接ニシテ且其及ホス所ノ影響極メテ小ナルモノヲ謂フニ過キス絶體ニ關係ヲ有セストノ意味ニ非サルナリ法律學ハ物理學化學醫學生物學等ノ自然科學ト關係ヲ有セザルニ非サレトモ其關係ハ皆間接ナリ之ニ反シテ法

律學ハ社會學ノ一部ナルヲ以テ同シク社會學ノ一部タル倫理學宗教經濟學政治學ノ四科學トハ極メテ密接ノ關係ヲ有ス其關係ヲ明カニスルニ非サレハ法律ノ概念ハ決シテ得ヘカラス故ニ以下此等ノ諸科學ト法律トノ關係ヲ説明セントス

第一款 法律學ト倫理學トノ關係

法律ト倫理ハ其關係極メテ密接ニシテ古代ニ在リテハ法律ト道德ト相分離セズ其分離シテ獨立ノ科學ト爲リタルハ比較的の近世ニ在リ羅馬ノ法律家「ユル」ハ法律ノ定義ヲ下シテ法律ハ善及ヒ公正ノ術ナリトセリ以テ法律ト倫理ト相分離セザリシヲ見ルヘシ又「ユル」ビヤヌ「定義ニ依レハ法律ハ正及ヒ不正ノ學ナリトアリ又氏ノ法律格言ニ法律ノ格言ハ正直ニ生活シテ他人ヲ害スルコトナク各人ヲシテ各其所ヲ得セシムルニ在リト又近世ノ學者ニシテ法律ハ正義ノ學ナリト論スル者甚タ多シ「ベンザム」ハ法律ハ強制シ得ル道德ナリト説明シ「ビーコー」ハ正義ハ法律ノ骨髄ニシテ實利ハ單ニ偶素タルニ過キスト曰ヘリ

此等ノ諸説ニ依ルトキハ如何ニ倫理ト法律トガ密接ナル關係ヲ有スルカヲ知ルニ足ラン加之ベレト反ヒ「ベンザム」ハ法律ト道德トハ同一ノ原則ニ基カサルヘカラスト主張シ又「ビーコー」説明ニ依レハ倫理學ニ於テ善ト稱スルモノハ法律學ニ於ケル權利ノ謂ナリ即チ權利ト稱スルモ善ト稱スルモ實質ニ於テハ異ナルコトナク唯此兩者ノ相異ナル所ハ形式ニ於テノミナリト曰ヘリ又今日ノ學者中ニモ倫理ト法律トヲ判然別スルハ不可ナリト云フ人スラナキニ非ス然ルニ「アーレンス」ハ倫理ト法律ノ關係ヲ論シテ其差異ヲ指示シテ曰ク第一、倫理學ハ人ノ行為ノ動機ニ關シ法律ハ人ノ行為ノ結果ヲ支配ス第二、道德上ノ原則ハ絶體不變ニシテ時ト處ニ依リテ異ナルコトナシ然ルニ法律上ノ原則ハ人民ノ文化ノ程度ニ依リテ一定セス第三、道德上正邪ノ判斷ヲ爲スモノハ唯「良心アル」ノミナリ然ルニ法律ニ在リテハ外界ニ權力アリテ之ヲ判斷ス第四、法律上ノ義務ハ強制シ得ルモ道德上ノ義務ハ強制スルコト能ハス倫理學ハ主觀的ノ學問ニシテ法律學ハ客觀的ノ學問ナリト云フ

之ヲ要スルニ法律ト倫理トハ其目的ヲ異ニスルモノニ非スシテ等シク人類社

會生活ノ圓滿ヲ期スルニ在リ唯其效力ニ至リテハ二者ノ間ニ判然タル差別アルコトヲ發見ス即チ法律ハ社會ヲ公力ニ由リテ行ハレ道德ハ各人ノ良心ニ憑ヘテ之ヲ遵奉スルモノナリ

道德ト法律ノ範圍ニ付テハ法律ハ狭ク道德ハ廣シト曰フ人アレトモ必スシモ斯ク論斷スルコト能ハサルアリ此論者ノ説ニ依レハ法律ハ社會生活ノ最小限度ニシテ之ヲ遵守スレハ社會ハ其存在ヲ維持スルコトヲ得ヘキモ更ニ進ミテ完美ナル發達ヲ期スルニハ道德ヲ遵奉セサルヘカラス故ニ道德ハ廣ク法律ハ之ヨリ狭シト云フニ在リ然レトモ道德ノ命スル所ハ必スシモ法律ノ命スル所ニ非ス之ト同時ニ法律ノ命スル所ハ必スシモ道德ノ命スル所ニ非ス是レ即チ世ニ惡法アル所以ナリ果シテ然ラハ道德ハ法律ヨリモ廣シト云フハ至論ニ非タルナリ

要スルニ法律道德ノ區別ハ之ヲ其目的ニ求ムルヲ得ス其行ハル形式ニ求メサルヘカラス即チ「アーレンス」言ヘル如ク法律ハ外界ノ力ニ由リテ強行セラレ道德ハ箇人ノ良心ニ憑ヘテ之ヲ遵奉セシムルモノナリ而シテ此兩者ハ互ニ

相依リ相待テ吾人ノ社會的生活ヲ維持シ其完美ヲ期スルモノナリ故ニ其兩者ハ相矛盾スヘキ性質ノモノモ非ス然ルニ世人ハ法律ノ發布ヲ見テ世ハ澆季ナリト歎シ或ハ法律家ヲ目シテ不正漢ノ如ク思惟スル者アリ若シ社會ニ法律ナク無爲ニシテ化スルヲ得ハ予輩ハ固ヨリ法律ノ制定ヲ望ム者ニ非サルモ社會ノ事物及ヒ關係益々複雜ト爲リ生存ノ競爭激甚ト爲ルニ隨ヒテ一定ノ規則ヲ定メ吾人ノ行爲ヲ規律スルニ非サレハ到底社會ノ秩序ヲ維持スル能ハサルニ至リタルヲ如何セン又法律家カ不正ヲ勵クコトアルモ是レ法律其物ノ罪ニ非スシテ法律ノ精神ヲ誤解スル者ノ罪ナリ法律ハ或行爲ヲ命シ又ハ禁止スルモノナリ然レトモ命セサル所ハ爲ス勿レトノ精神ニハ非サルナリ例ヘハ慈善事業ヲ起スハ法律ノ命スル所ニハ非サルモ之ヲ爲スハ却テ法律ノ精神ニ適合スルモノナリ又禁セサル所ノモノハ悉ク之ヲ爲スヘシト云フモノニモ非ス例ヘハ奢侈ハ法律ノ禁スル所ニ非サルモ勤儉ハ却テ法律ノ精神ニ適合スルモノナリ此等ハ皆法律ノ罪ニ非スシテ法律ノ精神ヲ了解セサル者ノ罪ナリ法律ノ研究豈ニ等閑ニ付スヘケンヤ

第二款 法律學ト宗教トノ關係

法律ト宗教ノ關係モ亦法律ト道德ノ關係ト頗ル相似タリ宗教ハ人ノ精神ヲ支配シ法律ハ人ノ行爲ヲ支配ス而シテ宗教ノ本領ハ人ト神トノ關係ヲ定ムルニ在リ法律ハ之ニ反シテ人ト人トノ關係ヲ定ムルヲ以テ其本分トス又其作用ヨリ論スレハ宗教ハ各人ノ自由ナル信仰ニ任セタルモ法律ハ國家主權ノ發行スル所ナリ其目的作用共ニ此ノ如ク相異ナルト雖モ人類社會生活ニ缺クヘカラサルモノナルコトハ即チ一ナリ故ニ其關係モ亦極メテ密接ナリ然リ而シテ兩者ノ關係ハ古ニ遡ルニ隨ヒテ密接ニシテ近世ニ至ルニ及ヒテ次第ニ疎遠ト爲レル傾向アリ古代ニ在リテハ宗教ノ力強盛ニシテ法律上ニ至大ノ影響ヲ及ボシ法律ノ領土ヲ侵犯セリ例ヘハ同國數國ニ於テ「コーラント」稱スル經典ハ即チ法律ナリ又印度ノ「バラモン」教ノ經典ハ法律トシテ行ハレタルカ如キ其他耶蘇教及ヒ耶蘇教會カ羅馬法ニ影響ヲ與ヘタルコト多大ナルハ皆人ノ知ル所ナリ而シテ羅馬法ハ今日ノ歐洲大陸法ノ根據ト爲リタルモノナルカ故ニ是ヨリ

耶蘇教及ヒ耶蘇教會カ如何ニ歐洲ノ法律制度ニ影響ヲ及ヘシタルヤヲ略述スルノ要アリ左レハ第一、耶蘇教ト法律トノ關係第二、教會ト國家トノ關係ニ分テテ説明スヘシ

第一 耶蘇教ト法律トノ關係

耶蘇教ノ起ル前既ニ當時ノ文明國タリシ希臘羅馬ニ在リテハ法律及ヒ宗教共ニ盛ニシテ後ニ起リシ耶蘇教ハ此等ノ宗教ト相戰ヒツツ發達シ隨テ法律制度ト衝突シタルコト跡シトセサルナリ羅馬法皇カ權力ヲ得ルニ至リシヨリ其宗教法カノンハ唯リ教會ノ組織僧侶ノ階級及ヒ職權等ヲ規定シタルノミニ非スシテ往往宗教以外ノ人事ニ關スル事項ヲモ規定セリ特ニ親族ニ關スル事項例ヘハ婚姻制度ノ如キハ著シキ影響ヲ受ケタリ例ヘハ婚姻ハ神カ結合シタルモノナルカ故ニ人ノ合意ヲ以テ之ヲ解クヲ得スト爲シタルカ如キ是ナリ而シテ又耶蘇教ノ次第ニ盛ト爲リ教會ノ宗教益増殖スルニ隨ヒ宗教法モ愈精密ナラナルヲ得サルニ至リタリ此時ニ當リ傍ニ羅馬法ノ完美ナルアリシヲ以テ宗教法モ當時ノ羅馬法ヲ模範トシタルモノ極メテ多カリキ中世ノ暗黒時代ニ至リ

テハ學問ハ主トシテ僧侶ノ手ニ歸シ羅馬法モ亦耶蘇僧侶ノ力ニ由リテ保存サレタルカ如キ有様ナリシカハ意、耶蘇教ノ影響ヲ受タルニ至レリ俗界ノ著シク腐敗シタル時ニ當リテハ人民ノ寺院裁判ヲ仰ク者多カリシト云フ此ノ如キ場合ニ於テハ寺院ハ多ク羅馬法ヲ標準トシテ裁判シタルナリ而シテ羅馬法ハ斯ク廣ク歐洲ニ傳播シタルハ一ハ法日體ノ完備ニ基キ其他種種ノ原因アリト雖モ耶蘇教カ其傳播ヲ助ケタルハ疑フヘカラサル所ナリ

第二 教會ト國家トノ關係

羅馬法王ノ權力強盛ナリシ時代ニ在リテハ國家ハ教會ニ服從シテ其機械ト爲リ又其手足ト爲リテ耶蘇教ノ遵奉ヲ強ヒ異教ヲ排斥スル等教會ノ爲メニ勸力サルヘカラサリシナリ此時代ノ觀念ニ於テハ宗教ハ人ノ精神ヲ支配シ國家ハ人ノ身體ヲ支配スルモノニシテ怡モ人ノ精神ハ人ノ身體ヲ支配スルト同シク國家ハ羅馬法王ノ支配ヲ受ケサルヘカラサルモノトセリ法王ノ命令ハ神聖ニシテ最後ナリ國家ノ命令ハ絶體ニ法王ノ命令ニ從ハサルヘカラス若シ君主ニシテ法王ノ命令ニ反スルトキハ其法律ハ無効ニシテ其臣民ハ最早服從ノ義務

ナキモノトセリ法王グレクラー七世ノ信書中天ニ二日ナキカ如ク地ニ二王アルコトナシトアリ又以テ法王ノ權勢ノ旺盛ナリシヲ知ルヘギニ非スヤ而シテ若シ君主諸侯ニシテ法王ノ命ニ從ハサル者アルトキハ破門ヲ以テ之ヲ罰シタリ破門トハ管ニ或教會ヲ離ルルノ義ニ非スシテ神ノ保護ヲ享有セサルニ至リタリトノ義ナリシナリ故ニ歐洲各國ノ君主ハ唯唯トシテ法王ノ命ニ惟レ從ヒ敢テ其命ニ違ハサリシナリ此制度ヲ名ケテ教國制度ト稱ス而シテ教會ノ權力倍熾ナルニ隨ヒ僧侶ノ中ニ素行修マラサル者暴威ヲ逞シタル者或ハ私利ヲ計ル者多キヲ加ヘ人民ハ壓制ニ堪ヘサルニ至リテ教會ハ漸ク人ノ嚮望ヲ失フニ至レリ此時ニ際シ「ダンテ」ウキリヤム「ボフ」「オカム」「マルゼリウス」「ボフ」「バドア」等ノ諸學者出テテ法王ノ權力ヲ攻撃シテ皇帝ヲ辯護シ人民ノ權利伸張ニ力メタリ例ヘハ「ダンテ」言ニ教會ハ人ノ精神ヲ支配シ國家ハ人ノ身體ヲ支配ス故ニ此二者ノ權力ハ互ニ並立存在シテ相侵ササルモノナリト曰ヘルコトアリ皇帝ハ此等學者ノ辯護及ヒ輿論ノ後援ヲ得テ次第ニ勢力ヲ増進シ屢々法王ト衝突シタル末法王ト皇帝トハ相協議シテ事ヲ行ヒ其俗界ニ關スル事務ハ國家

之ヲ行ヒ宗教上ノ事務ハ教會之ヲ行ヒ其二者ノ權力ハ互ニ相侵ササルコトト爲ルニ至レリ此時ニ至リテハ恰モ天ニ日月アル如ク地ニ二王アルコトト爲レリ此制度ヲ政教並行ノ制度ト稱ス然ルニ歐洲ノ或國ニ於テハ皇帝ノ權力次第ニ熾ニシテ終ニハ宗教管長ノ地位ヲ兼テ教會ヲ以テ國家ノ機關ト爲シ人民ニ對シテ一定ノ宗教ヲ強制スルニ至レリ此制度ヲ國教制度ト稱ス此制度ニ在リテハ國民ニ對シテ一定ノ宗教ヲ遵奉セシムルコトヲ強フルカ故ニ宗教自由ノ行ハルル餘地ナキナリ元來宗教ハ人ノ精神ヲ支配シテ國家ハ人ノ行爲ヲ支配スルモノナレハ信仰ノ自由ハ外界ノ力ヲ以テ之ヲ強制スルコト能ハス且信教ハ國家力之ヲ許スカ故ニ自由ナルニ非スシテ國家ハ初ヨリ信教ニ對シテ正邪ノ判斷ヲ下スモノニ非ス故ニ宗教ヲ信仰スルハ各人ノ自由ニ放任スヘキモノト爲スノ制度アリ此制度ヲ政教分離制度ト稱ス然レトモ信仰ハ人ノ精神ノ作用ナルカ故ニ外界ヨリ之ヲ強制スルコトヲ得ヘキモノニ非ストスルモ其禮拜、布教等外界ニ現レタル行爲カ一國ノ安寧秩序ヲ害シ國民タルノ義務ニ背クモノト認メタル場合ニハ國家ハ之ヲ禁制スルノ權ナカルヘカラス故ニ政教分離

ノ制度ニ在リテモ教會ノ行動公益ヲ害シ臣民タルノ義務ニ反スル場合ニ在リ
 テハ之ヲ禁止スル權ハ當然之ニ伴フモノナリ又國家ハ信教ノ自由ヲ認メ積極
 的ニ之ニ干涉シテ彼ヲ壓抑シテ之ヲ防止スルカ如キコトヲ爲ササルモ或特殊
 ノ宗教ニ對シテハ特ニ之ヲ保護スルコトアリ例ヘハ新教モ舊教モ佛教モ同
 教モ之ヲ禁スルニハ非サレトモ特ニ或教會ニ保護ヲ與ヘ僧侶ニ俸給ヲ與フル
 カ如キ制度アリ此制度ヲ宗教公認ノ制度ト爲ス此制度モ亦一方ニ厚ク他方ニ
 薄ク多少國家ノ力ヲ宗務ニ費スカ故ニ完全ナル宗教自由ノ主義ヲ貫クモノニ
 非ス以上述ヘタル種種ノ主義アリト雖モ其中敎國制度、政敎並行制度ハ今日其
 實例ナシ何トナレハ此ニ制度ハ國家ノ最高權ヲ害スルモノナレハ國家主義ト
 ハ兩立スルコトヲ得タルヲ以テナリ而シテ國敎制度ハ露國ノ探ル所ニシテ政
 敎分離制度ハ白耳義合衆國ノ探ル所ナリ英佛獨等ハ多クハ公認制度ヲ探レテ
 本邦ニ於テハ帝國憲法第二十八條ニ於テ廣ク宗教ノ自由ヲ認メタレトモ神官、
 僧職ヲ置キテ俸給ヲ支給シ其他神道及ヒ佛教ニ對シテ特別ナル保護ヲ與フル
 カ故ニ公認主義ヲ探レルモノト謂フヲ可ナリトス

第三款 法律學ト經濟學トノ關係

經濟學ニ於テ論スル所ノモノハ如何ニシテ外物ヲ吾人ノ利用ニ供セシムヘキ
 カノ問題ナリ然レトモ各人ノ欲望ヲ其向フ所ニ放任スルトキハ人ト人トノ間
 ニ衝突ヲ來スハ勿論ニシテ之ヲ防止セシムハ彼モ我モ共ニ満足ヲ得ルコト能
 ハサルニ至ルヘシ是ニ於テカ法律ナルモノヲ設ケテ各人ノ意思ヲ制限シ適當
 ノ範圍内ニ於テ各人ノ需用ヲ満たサシムルコトトセリ故ニ法律ノ定ムル所ハ
 權利義務ノ範圍ニシテ權利ノ存スル所ハ各人カ自由ノ意思ニ基キテ外物ヲ取
 リテ以テ其需要ニ供スルコトヲ許シ義務ノ存スル所ハ敢テ之ヲ侵犯超越スル
 コトヲ許ササルモノト爲ス而シテ經濟ノ主トスル所ハ利ニ在リテ法律ノ主ト
 スル所ハ正義ニ在リ又經濟ノ根本ハ人類ノ欲望ニ在リテ法律ノ根本ハ人類ノ
 理性ニ在リ然レトモ法律ハ經濟ノ發達ニ依リテ變遷シ經濟ハ法律ノ保護ニ依
 リテ發達ス且法律ノ保護十分ナル國家ニ於テ始メテ富ノ發達ヲ見ルモノナリ
 是レ諸國ノ實例ニ徴シテ明カナルコトニ屬ス而シテ法律ハ人ト人トノ關係ノ

形式ヲ定ムルモノニシテ法律ノ前ニハ各人平等ナリ然ルニ經濟ハ人事ノ内容ヲ定ムルモノニシテ經濟上ハ貧者アリ富者アリ生産スル者アリ消費スル者アリ又經濟ハ如何ニシテ富ヲ得ルカラ論スルモノニシテ法律ハ如何ナルモノカ富ヲ有スルカラ論スルモノナリ而シテ法律ノ主トスル所ハ或目的物ニ關スル人ト人トノ關係ニシテ經濟ニ於テ主トスル所ハ目的物其モノナリ法律ト經濟トハ其主トスル所右ノ如ク相異ナルト雖モ其關係密接ニシテ經濟ハ法律ノ發生原因ト爲ルモノ極メタ多ク例ヘハ所有權ノ問題、買賣、交換、運送、手形、會社等皆經濟上ニ關係ヲ有セサルナシ或人カ財產法ハ金錢法ナリト稱シタルハ故アリト謂フヘシ故ニ財產法ヲ研究スルニハ經濟學ノ研究亦忽セニヌヘカラサルナリ

第四款 法律學ト政治トノ關係

政治ノ目的ハ人民ヲ統治スルニ在リテ法律ハ政治ヲ行フノ手段ナリ而シテ國家ノ政務ハ時代ト場所ニ依リテ其範圍一様ナラサレトモ之ヲ大別スレハ國家

ノ自存ヲ目的トスルモノト簡人ノ有形、無形ノ利益ヲ目的トスルモノノ二ナリ而シテ簡人即チ臣民相互ノ關係及ヒ國家ノ臣民ニ對スル關係ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ルモ國家カ他ノ國家ニ對スル關係ハ國法ヲ以テ之ヲ定ムルコト能ハサルカ故ニ法律ヲ以テ定ムルコトヲ得ヘキ政務ノ範圍ハ私人相互ノ關係ト私人ト國家ノ關係ナリ此私人相互ノ關係ヲ定ムル法律ハ之ヲ私法ト稱シ私人ト國家ノ關係ヲ定ムル法律ハ之ヲ公法ト爲ス君主專制ノ國家ニ在リテハ私人ト國家ノ關係ヲ定ムルニ法律ヲ以テセスニ君主ノ專斷ニ委ス專制君主ハ皆暴虐ナリト謂フニ非ス固ヨリ明君ノ良政ヲ行ヒタルノ跡ハ歷史上頗ル多シト雖モ純然タル專制國ニ在リテハ私人ニ權利ヲ與フルコトナク唯君主ノ恩惠特典アルノミナリ之ニ反シテ所謂法治國ニ在リテハ國家ト臣民ノ關係ハ一ニ法律ニ由リテ定マリ臣民ハ國家ニ對シテ一定ノ權利ヲ有シ國家モ亦法規ノ範圍外ニ於テ恣ニ此等ノ關係ヲ左右スルコトヲ得サルモノトス而シテ此等法規ノ内容ハ其國ノ政治上ノ主義ニ據リテ定マルモノナリ

國民文化ノ程度竝ニ國際間ノ關係ニ據リテ之ヲ判斷セサルヘカラス然レトモ
古代ヨリ大體二主義アリテ相對立スルモノノ如シ即チ其一ヲ干涉主義トシ其
二ヲ放任主義トス干涉主義ト稱スルハ國家ヲ以テ萬能ノ主權者ト爲シ一切ノ
人事ヲ舉ケテ國家ノ總轄ニ任スルモノナリ即チ一箇人ノ私事ハ勿論衣服飲食
ノ如キ細事ニ至ルマテ國家ノ力ヲ以テ制限シ國家ヲ主トシ箇人ヲ從トシ箇人
ヲ國家中ニ没入シ箇人ノ獨產法ヲ認メサルモノナリ此主義ヲ殆ト極端ニ實行
シタルハ希臘ノ「スパルタ」ナリ又學者ニシテ此說ヲ主張シテ有名ナル者ハ「プラ
ト」ナリ干涉主義ニ依レハ或ハ各人ノ平等ハ之ヲ期スルコトヲ得ヘキモ平等
ハ必スシモ吾人ノ幸福ナル唯一ノ原因ニ非サルナリ放任主義トハ廣ク箇人ノ
自由ヲ認メテ國家ハ箇人ノ利益ノ爲メニ設ケラレタルモノトス唯箇人ノ力ヲ
及ハサル場合ニ其障礙ヲ排斥スルノミニシテ其他ハ總テ箇人ノ自由ニ放任ス
ルモノナリ希臘ノ雅典ニ於テハ此放任主義ヲ實行セリ自由ハ固ヨリ吾人ノ希
ヲ所ナリト雖モ國家ノ干涉ヲ避ケテ而シテ私人ノ自由競争ニ任ストキハ貧者
富者ノ差別ヲ生シ貧者ハ遂ニ富者ノ壓制ヲ受クルニ至ラン是レ前門虎ヲ拒キ

テ後門狼ヲ入ルルノ類ノミ況ヤ外國トノ關係アルニ於テヤ故ニ此二主義ハ
一長一短アリテ之ヲ極端ニ行フコトハ共ニ不可ナリ今日諸國ノ實際ヲ觀ルニ
或程度マテハ箇人ノ自由ヲ尊重スルモ又或程度マテハ國家カ人民ノ生活ニ干
渉ス之ヲ折衷主義ト爲ス或ハ自由國ト稱シ或ハ壓制國ト稱スルモ畢竟其折衷
ノ程度論ナリ之ヲ要スルニ政治ハ目的ニシテ法律ハ其手段ナリ而シテ法律ヲ
以テ手段ト爲シ得ル政務ノ範圍ハ國家カ臣民ニ對スル關係ニシテ其内容ハ政
治ノ主義ニ據リテ定マル

第三節 法律學派

法律學派ハ之ヲ二大別スルコトヲ得ヘシ其第一ノ學派ハ法ハ人類以外ニ先天
的ニ存在スルモノニシテ人類ニハ理性ナルモノアリテ吾人ハ此理性ノ作用ニ
因リテ直覺的ニ法ノ原理ヲ認識スルコトヲ得法ハ正義ノ命スル所ニシテ所謂
真正ノ法ナルモノハ世ノ古今東西ヲ通シテ一定不變ノモノナリ諸國ノ法律カ
互ニ相異ナルハ是レ假現ナリト第二ノ主義ハ法ハ人類ノ社會的生存ノ必要上

生シタルモノニシテ必スシモ正義ノ命スル所ニ非ス適當ニ法律ト稱スヘキモノハ唯人定法アルノミ法ノ存在ハ唯吾人ノ事物ノ觀察ニ基キテ實見上之ヲ知ルコトヲ得ルモノニシテ理性ニ基キテ直覺スルコトヲ得ルモノニ非スト爲シ古今不變ノ法ノ存在ハ之ヲ認メス前ノ主義ヲ稱シテ先天主義トシ後ノ主義ヲ後天主義ト稱ス此先天主義ヲ更ニ三ニ分チテ説明スヘシ

第一 自然法派

自然法ノ意義ニ付テハ學說一定セス極メテ廣義ニ用フル人ハ制定法人定法以外ノモノヲ總稱シテ自然法ト稱ス又自然法即チ理想法ト云フ義ニ用フル人アリ羅馬時代ニ行ハレタル自然法ノ思想ハ自然ハ萬物ヲ支配スルモノニシテ法ハ自然力生物一般ニ與ヘタル規則ナリトノ意味ナリシナリ然ルニ第十八世紀ノ學說ニ依レハ人ハ自然ノ狀態ニ從ヒテ生活セサルヘカラスト爲シ自然法トハ人類自然ノ狀態ニ於ケル法ト云フ意味ナリ此等學者ハ以爲タ人類自然ノ狀態ハ最モ完全ナルモノニシテ今日存在スル國家生活ハ已ムヲ得サル事情ヨリ生シタルモノニシテ自然ニ反スルモノナリ自然ノ狀態ニ在リタハ人ハ皆幸福

ニシテ自由且平等ナリ然ルニ人類ハ不完全ナルモノニシテ罪業ヲ犯シタルカ故ニ國家生活ヲ爲スニ至レルモノナリ自然ノ狀態ハ理想的ノ生活ニシテ實際ノ許ス限ハ此狀態ニ復歸セサルヘカラサルモノナリ故ニ自然法ハ立法ノ標準ト爲リ法律ノ善惡ヲ識別スルノ標準ト爲リ又法律ヲ解釋適用スルノ標準ト爲ルモノナリト

自然法ニ反對スル者ハ曰ク自然ノ狀態說ハ歷史上ニ根據ナクシテ全タ一ノ想像ニ過キサルカ故ニ探ルニ足ラサルナリト而シテ此說ヲ辯護スル者ハ歷史上ノ根據ヲ探ルニ汲汲タリ然レトモ卑見ヲ以テスレハ歷史上ノ根據ノ有無ハ毫モ此說ヲ輕重スルモノニ非ス唯人口稀少ニシテ生存競爭ノ起ラザリシ時代ニ在リテハ此等ノ論者ノ說ノ如クニ自然ノ狀態ニ從フコトヲ得タレトモ今日ノ如ク生存競爭ノ盛ナル時代ニ當リテ此ノ如キ狀態ヲ夢ミ之ヲ實行セントスルモ到底其主眼タル所ノ自由平等ヲ得ル能ハサルヤ必セリ是レ自然狀態說ノ順ミルニ足ラサル所以ナリ

自然法學ノ影響等シテ自然ノ狀態ヲ假想スル學者ニシテ其論決テ異ニスル者

アリ即チ一方ノ論者ハ自然ノ狀態ヲ破壞シタル所ノモノハ國家ナリ君主ナリ故ニ國家ヲ破壞シ君主ヲ弑シテ再ヒ自然ノ狀態ニ復歸セシメサルヘカラスト爲シ民權論ノ原動力ト爲リ「イバ紡ギ」アダム・スミス其頃ハ人ニ隔ノナカリシモノヲ「タル俗語盛ニ流行シ終ニ第十八世紀末ノ歐洲ノ大革命ヲ惹起セリ尙ホ亞米利加ノ獨立ノ如キモ自然法說ノ影響ヲ受クルコト決シテ渺カラサルナリ他ノ一方ノ論者ハ曰ク人類ハ古ハ自然ノ狀態ニ從ヒテ生活シタルモ人類ハ其性惡ナルカ故ニ終始爭鬭ノ有様ニ陷リ此自然ノ狀態ヲ永續スルコト能ハス一人ノ巨人即チ君主ニ其權力ヲ委テ之ニ服從シテ秩序ヲ維持スルノ已ムヲ得タルニ至レリ故ニ君主ノ權力ハ神聖ニシテ人民ハ絕對ニ之ニ服從セサルヘカラスト以テ主權辯護ノ用ニ供セラレタリ其他自然法說カ奴隸廢止ノ原因ト爲リ國際法ノ起源ト爲リ直接間接ニ法律ノ改良ヲ促シタルコトハ決シテ渺シト爲ササルナリ

第二 心理派

人類ハ理性及ヒ自由意思ヲ有スルモノニシテ法ハ吾人ノ理性ニ基ク法ヲ知ル

憲

法

法學士 竹井耕一 耶 講述

緒言

憲法ハ一國ニ於ケル最重要ノ法典ナリ統治ノ大本之ニ由ラテ定マリ百種ノ制度文物之ニ基キテ煥發ス憲法ヲ解説スル者最モ慎重ナルヘキハ論ヲ埃タス是ニ於テカチ予ハ本文ニ入ルニ先チ學者カ心ヲ留ムヘキ二三ノ要點ヲ指示セント欲ス

(第一) 予等ノ研究スルハ日本帝國ノ憲法ナルコトニ留意スヘシ是レ固ヨリ言フヲ埃タサルニ似タリ然レトモ現今學者ノ通弊トシテ外國ノ憲法及ヒ外國學者ノ憲法論ヲ推シテ直チニ我國憲法ヲ解説セントスル者往往之アリ誤レリト

爾アヘシ蓋シ我國憲法編纂ノ當時各國ノ法制ヲ參考シタルコトアルヘシ彼ノ長ヲ取リ我ノ短ヲ補フコト甚タ必要ナリシナルヘシ然レトモ一タヒ日本帝國憲法トシテ制定セラレタル以上ハ外國ノ法制學說ヲ假リテ論スヘキモノニ非ス日本固有ノ主義ヲ以テ根據トシ外國學說ハ取ルヘキハ之ヲ取リ捨ツヘキハ之ヲ捨ツサルヘカラス畢竟内外ト主客トヲ轉倒セタルコトヲ期セサルヘカラサルナリ外國學者ノ憲法論ト雖モ先ツ其國固有ノ主義沿革ヲ繙述シ而シテ後始メテ憲法ノ解說ニ移ルモノ多シ亦前通ノ主意ニ外ナラス然ルニ我國學者ハ却テ自國ノ主義沿革ヲ措キ外國ノ主義精神ヲ適用セントスルハ誤レリト謂ハサルヘカラス

今二三ノ例ヲ舉ゲテ說明センニ英國ハ之ヲ帝國(Kingdom)ト稱スレトモ皇帝ハ唯主權ノ一部ヲ行フノミ立法權ノ一部ハ國會之ヲ掌リ行政權モ亦國會ノ干涉ヲ受クルヲ免レス例ヘハ國會ニ信任ナキ内閣ハ更迭ノ已ムヲ得サルカ如キ又ハ豫算ノ議定ハ國會カ行政ノ勅ヲ奉制スル手段ニ用ヒラルルカ如キ是ナリ故ニ近世ノ學者ハ英ノ國體ヲ論シ其主權ハ君主及ヒ國會(King in Parliament)ニ存スト

曰フ既ニ先ニ「モンテスキエ」ハ英國ノ政體ヲ研究シテ立法行政司法三權分立ノ說ヲ唱ヘタリ其主意ハ英國ノ主權カ君主國會及ヒ裁判所ニ三分セラルルト云フニ在リ氏ノ說ノ弊ハ姑ク之ヲ措キ英國ノ制度ニ於テ君主國會裁判所カ相倚リテ主權ヲ行使スルノ痕跡ハ復タ掩フヘカラサルモノアリ此ノ如キ制度ハ以テ我國ニ及ホスヘカラサルヤ明カナリ即チ英國憲法及ヒ其學說ハ漫ニ之ヲ日本ノ憲法ニ適用スルコト能ハサルナリ然ルニ我國一部ノ學者カ英國ノ例ニ從ヒ所謂責任内閣ノ主義ヲ奉セントスルカ如キ是レ外國法制ノ爲メニ誤ラルル一例ナリトス

次ニ獨逸帝國ハ如何獨逸帝國ハ一層複雜ナル事情ノ下ニ在リ往昔獨逸聯邦ニ於テハ普魯二國カ牛耳ヲ執リ來リシモ普國ハ遂ニ普國ヲ排斥シ其勢ニ乘シテ佛國ヲ破リ遂ニ今日ノ獨逸聯邦ヲ形成シ以テ自ラ其盟主ト爲レリ現時ノ制度ニ依レハ獨逸帝國ハ二十餘州ヲ聯邦ヨリ成リ聯邦ハ各獨立存在ヲ有スルニ拘ハラス一方ニ於テハ相倚リテ帝國ヲ形成ス中ニ就テ普國ハ最大ナル特權ヲ有シ普國ノ皇帝ハ同時ニ獨逸ノ皇帝タリ各聯邦ノ委員ヨリ成レル Bundesrat (協

議會ニ於テモ普國ハ唯リ十七ノ票數ヲ有ス。此ノ如クニシテ獨逸帝國ニ於テハ(一)帝國ト各聯邦トノ關係如何即チ聯邦ノ獨立ト帝國ノ獨立トハ如何ニシテ調和スヘキヤ(二)普國ト他ノ聯邦トノ關係如何即チ普國ノ特權ハ他聯邦ノ獨立ト衝突セサルヘキヤ等ノ問題アリ學者モ亦蓋タ此點ニ於テ論議ニ苦シムカ如シ然ルニ我國ノ學者ハ專ラ獨逸ノ法制學說ニ依リテ日本憲法ヲ解說セントス故ニ往往甚シキ誤謬ヲ生ス例ヘハ君主ハ機關ナリトノ說ノ如キ其一ナリ

以上ノ如ク獨逸ノ制度及ヒ學說ハ其國ニ特有ナルモノ多ク以テ漫ニ日本憲法ニ適用スヘカラス

次ニ佛國ハ如何佛國ハ現ニ國民共和ノ政體ナリ國民主權ノ下ニ立法行政司法ノ三部局カ相對立スルノ制度ナリ故ニ其學說モ亦其國ニ特有ナルモノ多ク以テ漫ニ日本憲法ニ適用スヘカラス然ルニ我國ノ學者ハ其例ニ從ヒ三權分立ノ主義ヲ以テ日本憲法ヲ解說セントスルノ誤ニ陷ル者アリ

以上述ヘ來レル所ニ依リ予等ハ第一ニ日本帝國憲法ヲ研究スルモノナルコト

ニ注意スヘキ所以ヲ知ルニ足ル

(第二)學者ハ我國建國以來ノ國體及ヒ歴史ヲ常ニ腦裏ニ保ツベキナリ其理由ハ固ヨリ簡單ナリ然レトモ或一派ノ學者ハ以テ我國ハ憲法ヲ發布セラレタルニ由リ國體ヲ一變シタリ隨テ法制ノ歴史モ是ヨリ改マレルモノナリ詳言スルハ君主專制國體ヨリ立憲國體ニ變シ專制ノ歴史ハ爰ニ終ラ告ケ立憲ノ歴史爰ニ始マルト此種ノ見解ハ立憲(Constitutional)ノ二字ヲ誤解セルモノナリ何トナレハ憲法トハ一國統治ノ大法則ヲ謂フモノニシテ憲法典發布以前ト雖モ此ノ如キ法則ノ存在シタルコトハ論ヲ須タス唯成文ノ法典ナカリシノミニシテ不文ノ憲法ハ炳トシテ存セシナリ現ニ英國ノ如キモ亦不文憲法國ノ一例ナリトス且憲法典ノ制定ニ由リ君主國カ民主國ニ變スル如キコトアリトセハ是レ我國體ノ變更ニシテ同時ニ國家ノ變更ナリ然レトモ此ノ如キコトナキ以上ハ決シテ國體ノ變更ニ非ス唯從來ノ不文憲法ヲ改メ成文憲法ト爲シ以テ天皇統治權行使ノ方法ニ多少ノ變改ヲ爲セシニ過キサリナリ

右ニ述ヘタル如キモノトセハ我國ノ國體ハ建國以來一定不變ニシテ我國歴史

モ亦之ニ由リテ產出シ來テ將來之ニ由リテ繼續スヘキ客ノモノナリ蓋シ我國
團體トハ何ソ即チ所謂君主國體ニシテ天皇即チ統治ノ主體ノ國柄ナリトズ元
來歐米諸國ハ其名ヲ共和ト曰ヒ合衆ト曰ヒ或ハ帝國ト稱スト雖モ其實ハ總テ
國民主權ノ國體ナリ佛國米國ノ如キハ明カニ國民主權ノ名義ヲ有スルカ故ニ
論ナシ英國獨國ノ如キモ名ハ帝國ト稱スト雖モ皇帝ハ國會又ハ裁判所ト同シ
ク國家ノ一機關ニ過キス國家ノ主權ハ國民ノ手ニ存ス人民ノ服従スルハ君主
ニ非ス大統領ニ非ス國民カ其機關タル君主及ヒ國會ヲ通シ若クハ其他ノ手續
ニ依リテ制定シタル國法ナリ

國民トハ其國ニ屬スル領人ノ團體ナリ此團體カ國權ノ掌握者ナリ歐洲學者ノ
國家 (States, Staats, Elat) ト稱スルハ畢竟之ニ外ナラス或學者ハ國家トハ人若クハ
物ニ關係ナク全ク無形ノ法人ナリト論ス然レトモ法學上所謂法人トハ無形ノ
人格ナリト雖モ總テ有形ノ物若クハ人ヲ基礎トシテ成立スルモノナリ例ヘハ
財產ノ一團ヲ認メテ財團法人トシ人ノ團體ヲ認メテ社團法人トスルカ如シ之
ト同シク歐洲ニ在リテハ國ニ屬スル商人ノ團體即チ國民ハ主權者ニシテ其

ノ所謂國家ナリ右述ヘタル如キ國體ニ在リテハ君主ハ機關ニ過キサレカ故ニ
之ヲ置易スルコト恰モ奕碁ノ如ク君主ニシテ一朝國民ノ意ニ戻ランカ忽チ位
ヲ失フノミナラス時トシテハ秘逆ヲ被ルノ虞ナキニ非ス其實例ハ彼國ノ歴史
ニ於テ比比見ル所ナリ我國ハ全ク之ニ異ナル故ニ我憲法ヲ研究スルニハ先ツ
其國體ノ彼ト異ナル所以ヲ知ラサルヘカラス而シテ此國體ヨリ發スル歴史モ
亦然リ

以上述ヘタル如ク日本憲法ノ解釋ハ外國ノ法制又ハ學說ニ依賴スヘカラスト
雖モ必スシモ全ク之ヲ顧ミサルヲ要セス或ハ反對ノ例トシテ或ハ類似ノ例ト
シテ引用スルヲ妨ケス故ニ予モ亦本講義ノ中ニ於テ屢之ヲ引舉スルコトアル
ヘシ唯予ノ憂フル所ハ内外主客ノ轉倒ニ在リトス

(第三) 一般法文ノ解釋ノ順序トシテ先ツ文理解釋ヲ試ミ疑義生スルニ至リテ
始メテ精神解釋ニ依ルヲ原則トス憲法ト雖モ亦然リ然レトモ憲法ハ僅僅數十
條ノ條文ヲ以テ一國統治ノ大體ヲ定メントスルカ故ニ字句ニ不十分ニシテ其
意義ヲ精神ニ探ラサルヘカラサルコト多キハ蓋シ已ムヲ得サルコトナリ故ニ

畢竟文理ニ戻ラサル限ハ常ニ服ヲ其精神ニ注クコトヲ忘ルヘカラス
〔第四〕憲法ヲ解釋スルニハ行政法其他ノ細目ニ渉ル要ナシト雖モ單ニ憲法典
ノ範圍ノミニテハ盡シ難キ所アリ例ヘハ皇位ノ繼承及ヒ攝政ノ場合ニ關シテ
ハ皇室典範ノ規定ニ依ルカ如シ蓋シ此皇室典範ノ規定ハ形式上憲法典ニ記
載セサルモ其實質ヨリ論スレハ亦憲法ノ規定ノ一部ト謂フコトヲ得ヘシ其他
樞密院官制内閣官制貴族院令議院法等參照ヲ必要トスルモノ夥カラサルナリ

第一編 總論

第一章 法

法トハ最廣義ニ之ヲ解スレハ事物一定ノ關係ヲ指稱スルモノナリ法ニ全ク自
然的關係ヲ示スモノアリ自然ト人爲トニ由リ一定ノ關係ヲ生スルモノアリ全
ク人爲ニ出ツルモノアリ〔第一〕ハ例ヘハ物理學ノ法則ニ於ケル物ハ熱ヲ受タル
トキハ膨脹スト云フカ如キ是ナリ〔第二〕ハ例ヘハ善ヲ爲セハ幸福ヲ得ト云フカ
如ク善ヲ爲スハ人爲ナレトモ幸福ノ來ルハ自然的結果タリ〔第三〕ハ例ヘハ人ヲ

殺ス者ハ刑セラルト云フカ如ク其關係カ總テ人爲ニ出ツルモノヲ謂フ
吾人カ今研究セント欲スルハ全ク自然的關係ニ由ルノ法ニ非ス人類社會生活
ノ現象ニ於テ人ノ活動スル所以ノ法則ナリ人類共同生活ノ法則ハ之ヲ大別ス
ルトキハ三種ト爲スコトヲ得第一宗教的法則第二道德的法則第三法律的法則
是ナリ三者ハ古ニ在リテハ截然タル區別ナク宗教即チ道德ニシテ亦法律タリ
シコトアリ然レトモ近頃ニ至リテハ三者ノ區別ヲ立テ漫ニ混同スルコトヲ許
ササルカ如シ此等ノ關係ハ此處ニ詳論スルコト能ハス蓋シ宗教的法則ハ專ラ
信仰ヲ基礎トシテ設ケラル例ヘハ善ヲ爲ス者ハ天國ニ住スルヲ得ト云フカ如
シ次ニ道德的法則ハ正義ノ觀念ヲ基礎トス即チ人ハ皆忠孝ノ道ヲ守ラサルヘ
カラスト云フカ如シ第三ノ法律の現象ニ於ケル法則ハ例ヘハ惡ヲ爲セハ罰セ
ラルト云フカ如キモノニシテ專ラ權力ヲ基礎トシテ立ツモノナリ吾人ノ愛ニ
研究セント欲スルハ此法律の現象ニ於ケル法ノ一部ナリトスハ、蓋シ其家
法律の現象ハ權力ヲ基礎トシテ立ツモノトハ既ニ述ヘタリ即チ治者統治者ノ關
係ニ因リテ生スルモノタリ然ラハ此ノ如キ法ハ如何ニ定義ヲ與ヘンカ古來法

ノ定義ニ關シテ種種アリ然レトモ英ノ「オースチン」ニ至リテ始メテ稍ヤ適當ナル觀念ヲ說出セリ曰ク法ハ主權者ノ命令ナリト蓋シ主權者トハ一國統治ノ全權ヲ握ル者ヲ謂ヒ命令トハ權力ヲ以テ人ノ行爲不行爲ヲ律スルノ意ナリ此定義ハ簡ニシテ盡セルカ如キモ尙ホ法ノ實質即チ主權者ノ命令ハ如何ナル性質ノモノナルカヲ知ルコト能ハス故ニ「オースチン」ノ定義モ未ダ十分ナラサルカ如シ予ハ先ツ左ノ定義ヲ與ヘントス

法トハ主權者カ制定シテ強行スル人ノ社會的行爲ノ準則ナリ之ニ依レハ法トハ先ツ主權者カ制定スルモノナリ次ニ法ハ強行スルモノナリ強行トハ權力ヲ以テ是非共之ヲ行フナリ或ハ曰ク法ハ必スシモ強行スルモノニ非ス之ヲ犯ス者ナケレハ強行ノ必要ナシト然レトモ此處ニ於テハ法ヲ主觀的ニ觀察セルモノナリ犯ス者ノ有ルト無キトハ客觀ノ方面ニシテ事ロ事實ニ屬ス主觀的ニ論スレハ法ハ何時モ強行ノ力ヲ有スルモノナラサルヘカラス或ハ又曰ハン法ニハ強行スル能ハサルモノアリ例ヘハ賞與ノ法ノ如シ若シ賞ヲ受クル者カ之ヲ辭スルトキハ強テ之ヲ受ケシムルコト能ハス若シ強行スレハ

賞與ノ趣意ニ戻ル場合ノ如キ是ナリト此觀察ハ誤レリ法ノ強行力ハ此ノ如キ場合ニハ現レスト雖モ若シ何人タリトモ此法ヲ破リ或ハ其施行ヲ妨クル如キ者アレハ之ヲ防禦鎮壓シテ法ノ實行ヲ期セサルヘカラス是レ法ノ本質ノ然ラシムル所ナリ終ニ法ハ人ノ社會的行爲ノ準則ナリ既ニ述ヘシ如ク法ハ人類ノ社會的活動ニ關ス人ノ活動ニアリハ内部ノ活動ニ止マリハ外部ニ表顯ス前者ハ意思(Will)ニシテ後者ハ行爲(Action)ナリ法ハ意思ニ立入ルモノニ非ス外部ニ發現セル行爲ニ關ス而シテ行爲ニモ社會ニ影響ヲ及ホスモノト然ラサルモノトノ二種アリ法ノ固有ノ管轄範圍ハ前者ニ在リ即チ行爲ノ中ニ在リテモ社會ニ影響ヲ及ホササルモノハ措キテ問ハサルヲ原則トス以上法ノ大體ノ觀念ヲ説明セリ詳細ハ法學通論ノ範圍ニ屬スルカ故ニ之ヲ述ヘス

第二章 法ノ分類

法ノ分類ニ種種アリ其中ニ在リテ憲法ヲ論スルニ當リ知ラサルヘカラサルモ

ノ二三ヲ説明スヘシ

第一 成文法 (Gesetzgebung) 及コ不文法 (Ungesetzgebung)

普通成文法トハ文書ヲ成スノ法ヲ謂ヒ不文法トハ文書ヲ成ササル法ヲ謂フ然
レトモ學者ハ此區別ヲ不完全ナリト論シテ曰ク文書ヲ成スト雖モ全ク文書ノ
用ヲ爲ササルカ如キモノハ形ハ成文法ナレトモ其實ハ不文法ナレハナリト是
ニ於テカ一派ノ學者ハ文書ヲ必要トスルノ法ハ成文法ナリ文書ヲ必要トセサ
ルノ法ハ不文法ナリト爲ス然レトモ如何ナルモノカ文書ヲ必要トスルヤ如何
ナルモノカ之ヲ必要トセサルヤヲ定ムルコト難ク畢竟之ニ據リテ二者ヲ區別
セントスルハ理窟ニ偏スルノミナラス却テ曖昧ニ歸スヘシトノ批難ヲ免レス
蓋シ現ニ文書ヲ以テ發布セラレタル法アレハ其法カ果シテ文書ヲ要スルモノ
ナリヤ否ヤヲ問ハス之ヲ成文法ト稱スルハ亦已ムヲ得サルコトナレハナリ予
ハ文書ヲ以テ發セラレタルモノヲ成文法ト曰ヒ文書ヲ以テ發セラレサルモノ
ヲ不文法ト曰フ不文法一ニ慣習法 (Gewohnheitsrecht) ト稱スルハ學者ノ一般ニ認ム
ル所ナリ然レトモ慣習以外ニ不文法ノ淵源ナシト云フハ稍ヤ狭キニ過ク例ヘ

ハ一般ノ慣習ニ依ラス單ニ條理ノ示ス所ヲ認メテ法ノ力ヲ付與セハ同シク不
文ノ法ニ非スヤ

成文法不文法ノ大體ノ觀念ハ右ノ如シ成文法カ法ト爲ル時期ハ文書ノ發布ニ在
ルカ故ニ論ナシ唯不文法カ法ト爲ルハ何レノ時期ニ於テスルヤハ疑問ニ屬ス
ルノミ此點ニ關シテハ議論大ニ岐ル第一說ニ據レハ慣習カ永續シテ行ハルル
トキハ法ト爲ルト論ス然レトモ何レノ時期ニ於テ果シテ法ト爲ルモノナリヤ
其タ不明ナリ即チ普通ノ慣習ト法タル慣習トノ區別ヲ爲スコト能ハサルナリ
第二說ハ獨逸歴史派學者カ唱道シタル法ハ國民ノ意思ナリトノ論ニ基キテ生
シタルモノニシテ此派ノ中(甲派)論者ハ曰ク慣習法ハ國民ノ意思表示ヲ慣行
シテ法ヲ成スモノナリト或ハ曰ク慣行ノ結果國民ノ意思ヲ生シ茲ニ法ト爲ル
ト此等ノ議論ニ對シテハ先ツ國民ノ意思トハ何ソ各國民別別ノ意思ノ集合ナ
ルカ又ハ國民團體トシテ別ニ意思ヲ有スト認ムヘキカ之ヲ論斷スルハ長ニ亘
ルノ惡アルカ故ニ姑ク二說ヲ共存セシメテ論セシ若シ國民團體トシテ別ニ意
思ヲ有セストセハ歴史派ノ所謂法ハ國民ノ意思ナリト云ヘハ各國民ノ意思カ

全ク一ニセラルモノナラサルヘカラス然ルニ各國民カ總テ同一ノ意思ヲ有スルコトハ殆トアリ得ヘカラサルコトニシテ此說ヲ以テシテハ法ハ國民ノ意思ナリトノ說ハ蓋シ維持シ難シ之ニ反シ國民團體トシテ別ニ意思アリトセハ必スシモ實際總テ一致スルヲ要セス法律上國民ノ意思ト看做スヘキモノアレハ夫ニテ可ナリトス兎ニ角甲派論者ノ一部ハ國民ノ意思ヲ慣行シテ慣習法ヲ生スト曰フナリ然レトモ國民ノ意思ニシテ既ニ法ナラハ更ニ慣行スル必要ナシ故ニ此論ハ慣行ニ因リテ法ト爲ルト云フニ非スシテ慣行ハ既ニ成リタル法ヲ發達スル手續ニ止マルト解セサルヘカラス若シ然ラハ慣行ノ如キ迂遠ナル途ニ出ツルヲ止メ直チニ之ヲ發表スルノ方法ヲ取ルニ如カサルニ非スヤ兎ニ角既ニ法タルモノヲ慣行ニ由リテ發表スト云フハ慣習法ノ性質ニ非サルカ如シ(甲派論者ノ他ノ一部ノ者ハ亦論シテ曰ク既ニ法タルモノヲ慣行スルニ非ス人カ慣行ノ結果國民ノ意思ヲ生シ茲ニ法ト爲ルト此觀念ハ稍ヤ慣習法ノ性質ニ合スルカ如シ然レトモ此說モ第一ノ永續慣行說ト同シク何時マテ慣行ヲ重スレハ國民ノ意思ト爲ルヤ尙ホ不明タルヲ免レス或ハ各國民ノ意思カ一致セル時ニ在リ

ト曰フト雖モ是レ蓋シ事實ニ於テアルヘカラサルコトナルハ前ニ述ヘル所ナリ」以上甲派ノ論者ハ慣習法ノ法ト爲ル時期ヲ説明スル能ハス次ニ(乙派)論スル所ニ據レハ同シク國民意思說ニシテ國民カ正理ナリト確信スルモノヲ慣行シテ法タリト曰フ即チ此確信ヲ基トス然レトモ正理必スシモ法ニ非ス且此確信ヲ何時マテ慣行スレハ法ト爲ルカハ同シク不明ニ屬ス(丙派)ノ所論ニ據レハ國民カ法律ナリト信シテ慣行スレハ法ト爲ルト曰フ此說モ亦法ト爲ル時期明白ナラス」第二說既ニ取ルヘカラス是ニ於テ第三說ヲ生ス曰ク慣習カ或一定ノ條件ヲ具備スレハ法タリ即チ(一)永遠ニ行ハルルコト(二)繼續シテ行ハルルコト(三)疑ナク、争ナキモノナルコト(四)理ニ適スルコト(五)確定セルコト(六)強制力ヲ有スルコト(七)法及ヒ其他慣習ニ合スルコト是ナリ此七條件ハ(ホルランド)定メタルモノナリ然レトモ此等ヲ總テ具備セサレハ慣習ハ法ト爲ルコト能ハストノ論據ナキノミナラス此等ノ條件ノ具備スル時期亦不明ニ屬スルニ於テヲヤ第四說ハ法廷承認說ト稱シ英國學者ノ多ク唱フル所タリ之ニ據レハ慣習ハ法廷ニ於テ採用セラルルトキニ法ト爲ルト曰フ此觀念ハ甚タ明白ナルカ如シ之

ヲ批難スル者ハ曰ク裁判所ハ法ヲ適用スルモ未タ法ト爲ラサル慣習ヲ適用スルコト能ハスト然レトモ裁判所ハ必スシモ法ノミヲ適用スト謂フヘカラス法ナキトキハ慣習又ハ條理ヲモ適用スルヲ得假ニ論者ノ言フカ如シトスルモ裁判所ハ法ヲ作り適及ノ力ヲ有セシメテ之ヲ適用ストモ言ヒ得サルニ非ス然ラハ承認說ハ果シテ完全ナリヤ否然ラス國家カ慣習ヲ採リテ法ノ力ヲ付與スルハ必スシモ裁判所ノミニ限ラス其他ノ官廳ニ於テモ之ヲ爲シ得スト謂フヘカラス畢竟此說ハ狹キニ失スルノ過アリ

第五說ハ承認說ト稱シ古來一派ノ學者カ唱道シ來リシモノナリ此說ニ據レハ慣習カ法ト爲ルハ國家ノ承認ニ在リ即チ慣習ノ行ハルルヲ妨ケサルトキハ之ヲ承認シタリト看ルヘシト曰フ然レトモ國家カ唯慣習ノ行ハルルヲ傍觀シ之ヲ妨ケサルノミニテ法ノ力ヲ得ルトセハ普通ノ慣習ト法タル慣習トノ間ニ區別ヲ立ツルコト能ハサルヘシ蓋シ慣習カ法ト爲ルニハ積極的ニ國家ノ力カ之ニ加ハラサルヘカラス是ニ於テカ承認說モ未タ十分ナリト言ヒ難シ

予ハ慣習カ法ト爲ルノ時期ハ主權者カ承認ヲ與フル時ニ在リト爲ス即チ積極

民法總則(自第一章至第三章)

法學士 塚田 達二 郎 講述

緒論

民法ヲ説明スルニ當リ先ツ法律ノ定義其類別及ヒ效力成文法慣習法ノ區別並ニ法律トノ區別、法律ノ解釋、法律ノ效力ヲ及ホス處及ヒ時等ニ關スル理論ヲ明カニスル者アリ是レ主トシテ佛國民法學者ノ採用セル順序ナリトス蓋シ同國ニ於テハ民法ハ國ノ根本法ト看做シ此等ノ事項ヲ包含セルト此原則ハ最も多ク民法中ニ適用セラルルヲ以テタリ獨逸國ニ於テモパンデクタン學者ハ勿論獨逸民法學者ノ著書等ニ於テモ此等ノ原則ヲ民法ノ首メニ於テ論述スル者多數ヲ占ム然レトモ此等ノ事項ハ事口法學通論又ハ國際私法ニ於テ研究スヘ

ク其詳細ニ要リテハ法學ニ於テ明カニスヘキモノナリ但民法ヲ研究スルニ當リ法律ノ定義種別或文法慣習法ノ區別等ニ付キ雖メ大體ノ觀念ヲ知ルヲ以テ最モ便益アリト信スルヲ以テ左ニ其大略ヲ述フヘシ

第一 法律ノ定義

法律ノ觀念ヲ明カニセントセハ法律ノ因リテ起リタル所以ヲ知ラサルヘカラス蓋シ人類ノ性質トシテ孤立シテ生活シ得ヘキモノニ非サルヲ以テ古代ヨリ社會ヲ成シテ共同生活ヲ爲セリ而シテ茲ニ社會ヲ組織シ共同生存ヲ爲ス以上ハ彼我ノ間ニ於ケル意思ノ衝突ヲ調和シ各自ノ欲望ヲ制限スル力ナクハ弱者ハ強者ノ爲メニ侵サレ團體内ノ秩序ハ紊亂シ終ニ他ノ團體ノ爲メニ侵サレテ滅亡スルニ至ル故ニ人類ノ共同生存ヲ保障セントセハ團體ノ結合力ヲ鞏固ナラシメ其秩序ヲ保持スルニ足ルヘキ方法ヲ講セサルヘカラス是レ道德ト法律ノ因リテ生スル所以ナリ

道德ハ人ノ内部即チ心ニ屬スル規律ナルヲ以テ權力ニ由リテ之ヲ強制スルコト難シ法律ハ外部即チ行爲ニ屬スル規律ヲ定メタルモノニシテ權力ヲ以テ之

ヲ適用シ若シ之ニ從ハサルトキハ刑罰又ハ賠償ヲ命スル等一定ノ制裁ヲ付シテ之ヲ強制スルコトヲ得ヘシ而シテ法律ハ各人ニ自由ニ活動シ得ヘキ範圍ヲ定メ其範圍内ニ於ケル行爲ハ他人ヲシテ侵害スルヲ得ザラシムルヲ以テ目的トス

法律ノ定義ニ付テハ從來學者ノ所說甚タ多ク「オースチン氏ノ法律ハ主權者ノ命令ナリト云フカ如キ」「ランドシャイド氏ノ法律ハ國民一般ノ意思ノ發表ナリト主張スルカ如キ或ハ法律ハ權利ニ關スル規定ナリト云フカ如ク未タ一定セラル而モ完全ナル定義ナシト雖モ最モ普通ニ行ハルル說ニシテ稍ヤ正確ナリト認メラルモノハ法律トハ主權者ノ制定シ又ハ認メタル國民行爲ノ規則ニシテ強制力ヲ有スルモノナリトスルニ在リ但是レ私法ノ定義トシテハ適當ナルヘシト雖モ公法ヲ包含セル法律ノ定義トシテハ不完全タルヲ免レス何トナレハ公法ニハ國民行爲ノ規則ニ非サルモノ多數ヲ占ムレハナリ例ヘハ會計法裁判所構成法院法等ノ如シ隨テ此定義ハ狹キニ失スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ我國ニ於ケル法律ナル意義ハ其實質ニ付キ之カ定義ヲ下スコト能ハナ

ルヲ以テ形式上ノ定義ヲ以テ満足セサルヘカラス即チ法律トハ法律案トシテ帝國議會ニ提出セラレ之カ協賛ヲ經テ制定セラレタルモノヲ謂フ或ハ法律トハ帝國議會ノ協賛ヲ經テ制定セラレタル法規ナリト曰フ者アリト雖モ實體ニ於テ法規ノ性質ヲ有セサルモ法律トシテ成立シタル以上ハ法律ト謂ハサルヘカラスカ故ニ此定義ハ狭キニ失スルモノト謂フヘシ例ヘハ府縣郡ノ境界ヲ變更スル法律ノ如キハ法規ニ非サルカ如シ

第二 法律ノ種別

(1) 公法、私法

(一) 公法ト私法トヲ法律其モノノ目的ニ依リテ區別シ公法トハ公益ノ増進ヲ目的トスル法律ナリ私法トハ個人ノ私益ノ保護ヲ目的トスル法律ナリト主張スル者アリ然レトモ公益ト私益トハ或場合ニ於テハ一致スルコトアルヘク又私益ヲ保護スルノ規定ハ同時ニ公益ヲ増進スルコトアルヘク公益ヲ完ウスル事項カ同時ニ私益ヲ保護スルコトアルヲ以テ此說ハ公法私法ヲ區別スル標準トシテハ正當ナラス例ヘハ傳染病豫防法ノ如キハ公益ヲ増進シ併セテ私益ヲ保

護シ個人ノ所有權保護ニ關スル規定ハ同時ニ社會ノ秩序ヲ維持スル規定タルカ如シ又(二)個人トシテ適用ヲ受クヘキ法律ハ私法ナリ國民タル資格ニ於テ適用セラレヘキ法律ハ公法ナリトノ說アリト雖モ法ノ適用ヲ受タルニ當リテ個人タル資格ト國民タル資格トノ區別アルヘキ理ナキノミナラス公法ノ内ニハ國民ニ對シテ適用ナキ國家機關ノ組織ヲ定メタルモノヲカラサルヲ以テ此定義ハ不當タルヲ免レス或ハ(三)公法ハ國家ト一箇人ノ關係ヲ規定シ私法ハ個人相互ノ關係ヲ規定スト定義スル者アリト雖モ國家ト個人トノ關係ハ必スシモ公法ノ規定ニ支配セラレルモノニ非ス例ヘハ國家カ個人ト契約ヲ結ビ債權債務ノ關係ヲ有スル場合ニハ私法ノ支配ヲ受クルカ如シ又國家ト人民トノ關係ニ非スシテ國家自體ノ活動ノ順序ヲ定メタルモノ又ハ市町村ノ如キ團體カ團體員ニ對スル關係ヲ規定セルモノニシテ尙ホ公法タル性質ヲ有スルモノアルヲ以テ觀レハ此定義ハ一方ニ於テハ狭キニ失シ一方ニ於テハ廣キニ失スルモノナリ或ハ又(四)公法トハ權力關係ヲ規定セルモノナリ私法トハ權利關係ヲ規定セルモノナリト説明スル者アリト雖モ公法ニ於テモ例ヘハ選舉權鐵道敷設

權營業權ノ如キ人民ノ權利ヲ認メ之ヲ保護スル以上ハ公法ノ總テノ規定ハ權
力ヲ適用スル關係ヲ定メタルモノト謂フコトヲ得ス加之私法ニ於テモ權利ノ
關係ノミニ非スシテ國家ト人民トノ權力關係ヲ規定セルモノアリ例ヘハ民法
第八十四條、商法第二百六十一條ノ如キハ國家ノ權力ヲ適用スル關係ニ外ナラ
ス故ニ此定義ハ兩者ヲ區別スル標準ト爲スニ足ラス且所謂權力關係ノ意義明
確ナラスト雖モ命令ニ對シ服從スル關係ナラトセハ私法中殊ニ商法ノ如キハ
命令ニ對シ服從スル關係ヲ規定セルモノ尠シトモ蓋シ公法トハ國家機關ノ
組織及ヒ其作用權力適用ノ範圍ヲ規定セルモノナリ私法トハ個人相互ノ關係
及ヒ此關係ノ適當ナル維持ヲ目的トシテ規定セルモノナリ抑モ國家機關ノ組
織ニ關スル法規トハ例ヘハ裁判所構成法、議院法、會計検査院法、府縣制、郡制、市制、
町村制ノ如キ行政法ノ大部分ヲ占ムルモノナリ又國家機關ノ作用ニ關スル法
規トハ刑事訴訟法、民事訴訟法、會計法、國稅徵收法等ヲ謂フモノニシテ權力ヲ行
使スル形式ヲ定メタル法規ヲ稱スルモノナリ權力ノ適用ノ範圍ニ關スル法規
トハ國家カ人民ノ身體財產ニ對シ權力ヲ適用スル程度ヲ定メタルモノニシテ

刑法、租稅法、警察法等ノ如シ個人相互ノ關係トハ父子夫婦後見人ト幼者契約當
事者社員ト會社ノ關係等ノ如キ法律關係ヲ謂フモノナリ而シテ私法中ニハ此
關係ヲ正當ニ維持セシムルカ爲メ權力ヲ適用スル範圍ヲ規定セルモノヲ包含
ス例ヘハ民法第八十四條、第九十條、第九十四條、商法第二百六十條、第二百六十一
條、第五百三十六條ノ如シ

(四) 普通法特別法

此區別ハ法律ノ效力ヲ及ホス範圍ニ依リテ定マルモノニシテ之ヲ細別スレハ
二種アリ

第一、國內一般ニ行ハルルト或地方ノミニ行ハルルトニ依リテ區別シ前者ヲ
普通法トシ後者ヲ特別法トス聯邦國ニ於テハ其例最多シ我國ニ於テモ臺
灣ニ於ケル律令ハ所謂特別法ニシテ臺灣ニ施行セラルル法律ハ普通法ナリ
第二、法律ニ支配セラルル人ヲ本トシテ區別シタルモノニシテ國民一般ニ行
ハルル法律ヲ普通法トシ國民ノ一部分ニ行ハルル法律ヲ特別法トスルニ在
リ例ヘハ民法、商法ノ如キハ普通法ニシテ華族世襲財產法、日本銀行條例、橫濱

重金銀行條例陸海軍刑法ノ如キハ特別法ナリ商法ハ特別法ナリヤ普通法ナ
ラヤニ付テハ學者間ニ説ヲ異ニスル者アリト雖モ是レ商法ノ主義ニ依リテ
究マルヘキ問題ナリ若シ立法者カ國民中商人ナル階級ヲ認メ之ニ對シテノ
商法ヲ適用セントモ此場合ニハ特別法タル性質ヲ有スルモ商法ハ商行
爲ニ關スル權利義務ヲ定ムルモノナリトノ主義ヲ採用セシ國ニ於テハ商行
爲ヲ爲ス者ハ皆其適用ヲ受クヘキカ故ニ普通法タルハ勿論ナリトス我商法
ニハ後ノ主義ヲ採リタルハ同法第一條乃至第三條ニ據リテ明カナルヲ以テ我
國ニ於テ之ヲ特別法ナリトスルハ誤謬ナリ

第三 慣習法

慣習法ハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノニシテ古代ハ主トシテ慣習法行ハレ
シモ世運ノ進步ニ伴ヒ人事ノ關係複雜ト爲リ取引頻繁ト爲ルニ隨ヒ成文法ハ
漸次發達シテ慣習法ノ區域ヲ奪フニ至レリ殊ニ我國ニ於テハ法典ハ既ニ完成
シ人事百般ノ關係成文法ヲ以テ規定セラレシカ故ニ慣習法ノ發達スヘキ餘地
尠キニ似タリ然レトモ法典ハ死物ニシテ社會ハ活物タリ如何ニ之ヲ活用スル

モ社會ノ進步ニ伴ハシムルコト能ハサルコトアルヘク又如何ナル完美ナル法
典ト雖モ總テノ法律關係ヲ網羅シ得ヘキニ非ス故ニ慣習法ヲ認メ之ニ依リテ
法律ノ足ラサル所ヲ補ハシメタルヘカラス
慣習法ノ意義ニ付テハ羅馬ノ帝政時代ノ法律家ハ法律ハ人民ノ意思ナリトノ
觀念ヲ有シ慣習法ハ人民ノ意思ヲ實行ニ依リテ表示シタルモノナリトモリ然
ルニ第十八世紀時代ニ於テハ法律ハ主權者ノ制定スルモノナリトノ說專ラ行
ハレシヲ以テ慣習ハ立法者ノ默許ニ依リテ拘束力ヲ有シ始メテ慣習法ト爲ル
モノナリトノ說ヲ生セリ然ルニ歷史法派ハ之ニ反シテ慣習法ハ人民カ或慣行
ニ依リテ得タル利益ハ權利ナリトノ確信ヲ生スルトキハ慣習ハ變シテ慣習法
ト爲ルモノナリ即チ此權利ノ確信ハ慣習ヲシテ拘束力ヲ生セシムルモノナリ
トスルニ在リ又英國ノ多數學者ハ單純ナル慣習カ慣習法ト爲ルハ裁判官カ之
ヲ採用シテ裁判シタル時ニ在リト云フニ在リ然レトモ此說ハ裁判官ハ立法者
ノ如ク法ヲ創設スルヲ得ヘキコトヲ認メテ成立スルコト難ハサルヘキヲ
以テ現今ノ如ク立法及ヒ司法ノ區別盡然タル時代ニ於テハ探ルニ足ラサルノ

説タリ蓋シ慣習法成立ノ要件ハ左ノ如シ
一 慣習ナカルヘカラス 慣習トハ時ヲ異ニシテ發生シタル同一性質ノ事件
ニ對シ同様に行為又ハ不行爲ニ依リ事件ノ關係ヲ確定セシムルモノヲ謂フ
二 慣習ハ法律的同義語ナルヲ以テ慣習法ト爲ルヲ得ス又自己單獨ニテ繰返ス
ヲ確定スルモノニ非タルヲ以テ慣習法ト爲ルヲ得ス又自己單獨ニテ繰返ス
慣行アリタルハトテ相手方若クハ第三者ニ關係セタル限ハ法律上ノ慣習ヲ
生セス縱令其慣行ヲ相手方ニ關係スルモ自己ニ權利義務ノ關係ヲ生セザレ
ハ其慣習ハ法律的同義語有セス例ヘハ商家ノ賣出ニハ量物ヲ添フル慣行ヲ
如キ或物ノ賣買ハ代價ノ幾分ヲ割引スル慣行ノ如キ是ナリ又法律ヲ誤解シ
テ屬同一事件ノ權利義務ヲ確定シタルコトアルモ之ヲ爲メニ慣習法ヲ生セ
スト雖モ多年之ヲ實行シ終ニ獨立ノ慣行ヲ爲ストキハ法律的同義語ヲ生スル
コトアリ

三 慣習ハ國民一般又ハ團體ノ全體又ハ一部ニ於テ慣行セラルルモノナラザ
ルヘカラス 例ヘハ東京市又ハ大阪市ニ於ケル慣習或地方ノ商取引ニ關ス

ル慣習ノ如シ

四 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザル慣習タルヲ要ス 公ノ秩序又ハ善良
ノ風俗ニ反スル慣習ヲ生スルモ決シテ慣習法タル效力ヲ有スルコトヲ得ス
公ノ秩序ニ反スル事項トハ國家ノ公安ヲ害シ社會ノ秩序ヲ害スルヲ謂ヒ善
良ノ風俗ニ反スルトハ社會道德ノ進歩ノ程度ニ依リ差異アルヲ以テ絕對的
ニ之ヲ定ムルコトヲ得スト雖モ其當時ノ道德風俗ニ照シ惡事行ト認メラ
ルモノヲ謂フ

五 慣習ハ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノナラザルヘカラス 法令ニ規定
セル事項ニ付キ慣習ヲ生スルモ之ヲ爲メニ成文法ノ效力ヲ變更シ若クハ廢
止セシムルヲ得サルヲ以テ慣習法成立ノ餘地ナケレハナリ

右ノ條件ヲ具備スルトキハ慣習ハ法律ト同一ノ效力ヲ有シ慣習法ト爲リタル
モノナリ(法例第二條慣習法ノ效力ニ關シテハ學者種種ナル點ヨリ觀察シテ所
信ヲ述ブル者アリト雖モ要スルニ慣習法ハ成文法ヲ變更廢止スル效力ヲ有セ
ズ唯法律ノ規定ナキ事項ニ對シ適用セラルルモノニシテ成文法ニ對シテハ補

充ノ性質ヲ有スルニ過キス(商法第一條參照)ハ、民法ニ於テハ、
第四 民法ハ、商人相互ノ關係ニシテ商事ニ非サル事項ヲ規定セル法典ナリ。商事ニ關
スル事項ハ之ヲ商法ニ規定シ、民法ハ、商事關係ヲ除キ私法一般ニ通スル原則及
ヒ商人相互ノ生活關係ヲ規定セルモノナリ。

民法ノ編纂法ニハ羅馬主義及ヒ獨逸主義ノ二種アリ。前者ハ羅馬ノ「ダイキス」カ
人法、物法、訴訟法ノ三ニ區分シテ論述セシメ羅馬法典編纂ニ際シ之ヲ採リシニ
基テ中世歐洲諸國ニ於テ同法ヲ繼承シテ民法ヲ編纂スルニ當リ大體ニ於テ此
主義ニ則リ唯訴訟法ハ手續法ナルヲ以テ民法ヨリ分離セシメタリ而シテ社會
ノ進歩ニ伴ヒ物法ニ關スル事項ハ更ニ分化シテ債務法、財產取得法、相続法等ト
爲テ各一編ヲ爲スニ至レリ我舊民法ハ此主義ニ倣ヒタルモノナリ。
獨逸式編纂法ハ「パンデクテン」學者ノ主張ニ係ルモノニシテ民法ヲ五編ニ別テ
第一總則第二、物權第三、債權第四、親族第五、相続トセリ我民法ハ之ニ倣ヒタルモ
ノナリ獨逸新民法ハ債權ノ關係ハ最も廣ク適用セラルルヲ以テ之ヲ第二編ト

シ物權ヲ第三編トセル點ニ於テ差異アリト雖モ大體ニ於テハ「パンデクテン」
主義ヲ採リタルナリ。

第一章 法律關係及ヒ權利ノ定義

第一 法律關係ノ定義

法律關係トハ權利主體相互ノ關係ニシテ法令ニ依リ規定セラルルモノヲ謂フ
隨テ法令ニ規定ナキ人ト人トノ關係ハ法律關係ニ非ス例ヘハ友誼上ニ於ケル
諸關係ノ如シ。

第二 權利ノ定義

權利ノ定義ニ付テハ從來諸說紛紛トシテ未タ一定セルモノナシ或ハ權利トハ
法律ニ依リ保護セラルル利益ナリトシ(イェリング)或ハ權利トハ人ノ意思ノ力
ヲ認ムルニ依リテ保護セラルル利益ナリト曰ヒ(イーリチヤク)或ハ權利トハ法
令ニ依リテ保護セラレタル意思ノ力ナリ(ラジドシャイド)ト曰フカ如シ然レト
モ最も平易ニシテ普通ナルモノハ權利トハ法令ニ依リ或人カ他ノ人ニ對シテ

主張スルコトヲ得ル利益ナリト云フニ在リト信ス即チ此定義ヲ分析スレハ權利ニハ左ノ四要素ヲ必要トス

一 權利ノ主體 權利ノ主體トハ權利ヲ有スル者ニシテ自然人ト法人ト二種アリ古代ハ自然人ニシテ尙ホ權利ノ主體タルコトヲ得ナリシ者例ヘハ羅馬ノ奴隸ノ如キ佛國ノ準死ノ制度ノ如キモノアリシモ近世ノ立法例ニ於テハ之ヲ認メスシテ凡ソ人タル以上ハ一般ニ私權ヲ享有セシム

二 權利ハ對抗セラルヘキ人ヲ要ス 權利ハ人ニ對シテ主張シ得ヘキモノニシテ物ニ對シテ主張スルコトヲ得ス物ト人トノ關係ハ物質的關係ニシテ法律的關係ニ非サルナリ權利ヲ有シ義務ヲ負フ關係ハ所謂法律の關係ニシテ人ト人トノ間ニモ存在スヘキモノタリ

三 權利ノ目的 權利ノ目的トハ即チ權利ノ内容ヲ謂フモノニシテ人ノ行為又ハ不行爲ヲ以テ目的トス或ハ權利ノ目的ハ有體物又ハ無體物若クハ人ノ行為若クハ不行爲ナリトスル者アリト雖モ權利ハ常ニ人ニ對抗スルモノニシテ對抗セラルル人ノ有スル義務ノ範圍内即チ權利ノ範圍ナル以上ハ權利

ハ有體物又ハ無體物ニ關スル人ノ行為又ハ不行爲ヲ目的トスルモノナリト謂ハサルヘカラス隨テ有體物又ハ無體物ハ權利ニ對シテハ間接ノ關係ヲ有スルモノニシテ權利ノ内容ヲ爲スモノニ非ス而シテ權利ノ内容タル人ノ行為又ハ不行爲ハ人カ生存ノ目的ヲ達スルニ便利ナリトセラルル所謂利益ナリト謂フヘキナリ

四 權利ハ法令ニ因リテ生スルモノナリ 權利ハ法ノ賜ナリ國法ナクハ權利ナシ國法ニ依リ吾人ノ自由及セ利益ヲ認メ之ヲ保護スルニ因リ茲ニ權利ヲ生ス而シテ之ヲ侵害スル者アルトキハ權利侵犯トシテ制裁ヲ加ヘ若クハ損害ヲ賠償セシム自然法派ノ主張スル所謂天賦ノ權利ノ如キハ決シテ法律上ノ權利ニ非ス

第三 權利ノ種別

權利ハ之ヲ公權私權ノ二種ニ區別スルコトヲ得 公權トハ國家機關ノ運轉ニ參與スル權利例ヘハ選舉權被選舉權ノ如シ茲ニ公法の下稱スルハ現今ノ法制ニ於

テハ公法中ニ私權ヲ規定セルモノアルヲ以テナリ例ヘハ鑛山探掘權、營業權、如シ、公法中ニ私權ヲ規定セルモノアルヲ以テナリ例ヘハ鑛山探掘權、營業權、私權トハ私法の規定ニ依リ各人ノ享有スル權利ヲ謂フ例ヘハ所有權、債權、親權等ノ如シ

私權ハ之ヲ左ノ二種ニ分別スルコトヲ得ヘシ

- (一) 對世權、對人權 自然權利、主權、所有權、債權、親權、繼承權、對世權トハ各人ニ對シテ對抗シ得ヘキ權利ニシテ例ヘハ所有權、身體權、名譽權等ニシテ一般ノ人ハ此權利ニ對シテ消極的義務ヲ有シ之ヲ侵シタルトキハ不法行為トシテ之ニ對シテ賠償ノ責任ヲ有ス
- 對人權トハ或特定ノ人ニ對シテ或行為又ハ不行爲ヲ請求スル權利ニシテ例ヘハ主人ノ雇人ニ對スル權利、本人ノ代理人ニ對シテ有スル權利ノ如シ
- (二) 人身權、物權、債權 人身權トハ親族上ノ關係ヨリ生スルモノト個人トシテ有スルモノトノ別アリ一箇人トシテ絕對ニ有スル權利トハ身體ノ安全及ヒ其自由ヲ害セラレザ

民法總則 (自第四章至第六章)

法學士 若槻禮次郎 講述

第四章 法律行為

我民法ハ總則編ノ第四章ニ於テ法律行為ニ關スル一般ノ規定ヲ揭ケ其第一節ニ於テ總則トシテ法律行為ノ成立シ得ヘキ範圍ヲ定メ第二節ニ於テ法律行為ノ表現スル狀況ニ依リ效力ニ異同アルコトヲ明カニシ第三節ニ於テ人々他人ニ依リテ法律行為ヲ爲ス場合即チ代理ヲ規定シ第四節ニ於テ法律行為ノ無効及ヒ取消ヨリ生スル結果ニ付テ規定シ最後ニ第五節ニ於テ法律行為ニ附帶スル條件及ヒ期限ニ關スル通則ヲ擧ケタリ

佛蘭西民法及ヒ同民法ヲ模範トシテ制定セラレタル各國民法ニ於テハ法律行

爲ニ關シテ一般ノ規定ヲ設クルコトヲ爲サス我民法總則編第四章中ニ掲タルカ如キ規定ハ法律行為中現今ノ社會ニ最モ頻繁ニ發生スルモノニシテ而モ最モ重要視セサルヘカラサル行為ナル契約ニ關スル條項中ニ之ヲ規定シ學者モ亦法律行為即チ *Rechtsgeschäfte* ナル語ハ間間之ヲ用フル者アルモ我民法總則編第四章中ニ掲タルカ如キ規定ハ多クハ契約ニ付テ論スル場合ニ之ヲ設クコトトセリ之ニ反シテ獨逸ノ學者ハ夙ニ法律行為ナル概括シタル觀念ヲ研究ヲ爲シ獨逸帝國新民法モ亦其第一編總則中ニ於テ一章ヲ設ケ之ヲ詳細ノ規定ヲ爲シタリ民法法典ヲ編纂シ其冒頭ニ於テ先ツ全編ニ貫通スル原則ヲ規定スルモノトセス我民法總則編第四章ニ規定スル所ノ如ク諸種ノ法律行為ニ共通ナル原則ハ之ヲ一般ノ規定ト爲シ總則編中ニ掲クルコト實ニ其當ヲ得タルモノニシテ此點ニ於テ我民法カ獨逸帝國民法ト其軌ヲ一ニシタルハ予ノ大ニ賛成スル所ナリ

第一 法律行為ノ定義

法律行為トハ先占、契約、辨濟、免除、追認、承認、取消、解除、拋棄、指定、通知、催告等種種ノ

行為ヲ包含スト雖モ之ヲ概括シテ定義ヲ與フルトキハ法律行為トハ私權ニ關シ法律上ノ效力ヲ生セシムル目的トスル意思表示ナリト謂フコトヲ得ヘシ今此定義ヲ分析シテ其意義ヲ明カニセントス

一 法律行為ハ意思表示ナリ 人ノ行為ハ意思ノ反影ニシテ意思内ニ動キ行為外ニ現ハルモノナリ故ニ意思ハ心裡ニ於ケル行為ニシテ行為ハ外界ニ現ハレタル意思ナリ此ノ如ク行為ハ意思ノ外界ニ現ハレタルモノニ過キサルヲ以テ法律行為モ亦一ノ意思表示ニ外ナラサルナリ隨テ意思ノ表示ト關係ナキモノ即チ事實ナルモノハ之ニ因リテ法律上ノ效力ヲ生スルコトアルモ以テ法律行為ナリト謂フコト能ハス例ヘハ人ノ死亡又ハ時效ノ成就等ノ如キハ之ニ因リテ權利ノ移轉取得又ハ消滅ナルコトヲ生スルコトアルモノナリト雖モ之ヲ以テ法律行為ト謂フヘカラサルハ何人モ疑ハサル所ナリ

二 法律行為ハ私權ニ關スル意思表示ナリ 法律行為ナル用語ハ用語其モノニ於テ必ス私權ニ關スルモノミヲ指稱スヘキノ意義ヲ有スルニ非スト雖モ從來歐米ノ學者ハ專ラ之ヲ私權ニ關スルモノトシテ用ヒタルノミナラス

我國法ニ於テハ私權ニ關スル規定ヲ編纂シタル民法ニ於テ始メテ此語ヲ用ヒ且之ニ關スル規定ヲ揭タルヲ以テ民法ノ所謂法律行為ナルモノハ私權ニ關スル意思表示ノミヲ指稱スルモノニシテ公權ニ關スル意思表示ハ之ヲ包含セサルモノナリト謂ハサルヘカラス

三 法律行為ハ法律上ノ效力ヲ生セシムルヲ目的トスル意思表示ナリ法律上ノ效力トハ權利ノ創設、移轉、變更、消滅ヲ生シ又ハ身分ノ變更ヲ生スルカ如キヲ謂フ法律行為ハ此ノ如キ效力ノ發生ヲ目的トスル意思表示ナリ凡ソ意思ノ發動ハ多岐ノ方面ニ於テ行ハルモノナリト雖モ悉ク皆法律上ノ效力發生ヲ目的トスルモノニ非ス而シテ法律上ノ效力發生ヲ目的トセタル意思表示例ヘハ遊歩、觀劇、宴會等ヲ爲スノ行為ノ如キハ之ヲ法律行為ト謂フコト能ハス不法行為即チ權利ナクシテ他人ニ損害ヲ加フルノ行為モ亦行為者カ損害賠償ナル法律上ノ效力ヲ生スルノ目的ヲ以テ之ヲ爲スモノニ非サルカ故ニ之ヲ以テ法律行為ナリト爲スコト能ハス

然レトモ茲ニ注意セサルヘカラルルハ或行為ヲ以テ法律行為ト爲スヘキヤ否

ヤハ一ニ其行為ハ法律上ノ效力ヲ發生セシムルヲ目的トスルヤ否ヤニ據リテ之ヲ決スヘキモノニシテ實際ニ於テ其行為カ果シテ豫期シタル法律上ノ效力ヲ發生シタルト否トハ之ヲ問フニ及ハサルコト是ナリ蓋シ如何ナル意思ヲ表示スヘキヤハ表意者ノ定ムル所ナリト雖モ其表示シタル意思カ如何ナル效力ヲ有スヘキヤハ法規ノ定ムヘキ所ニシテ表意者ノ定ムヘキ所ニ非ス然ルニ若シ實際ニ於テ豫期シタル效力ノ發生スルコトヲ以テ或行為ヲ法律行為ナルヤ否ヤヲ定ムヘキモノナリトセハ是レ法律行為ヲ以テ意思表示ト事實トノ合シタルモノト爲スモノニシテ法律行為ハ意思表示ナリト爲シタルコトト相容レサルヘシ故ニ法律行為ニシテ無効又ハ取消シ得ヘキモノナルモ之カ爲メ其行為ヲ法律行為タルコトハ害セラルルコトナキモノナリ

第二 法律行為ノ種類

法律行為ハ千態萬狀ニシテ觀察點ノ異ナルニ從ヒテ種種ノ分類ヲ爲スコトヲ得ヘシ今法律又ハ學者カ便宜上屢引用スル分類ノ主要ナルモノヲ舉クレハ大凡左ノ如クナルヘシ

二 一方行為、雙方行為

一方行為、雙方行為ノ區別ハ法律行為カ行為者一方ノ意思ニ因リテ成立スルト
雙方ノ意思ノ合致ニ因リテ成立スルトノ別ニ基キテ分類シタルモノナリ行為
者ノ一方カ意思表示ヲ爲セハ直チニ法律行為ノ成立スル場合例ヘハ遺言催告
等ノ如キハ一方行為ニシテ雙方ノ意思表示ノ合致アリテ始メテ法律行為成立
スル場合例ヘハ買賣贈與等ノ如キハ雙方行為ナリ

二 雙務行為、片務行為

此區別ハ法律行為ニ因リ行為者ノ雙方ニ義務ヲ生スルト其一方ニミ義務ヲ
生スルトニ由リテ生シタルモノナリ例ヘハ買賣貸借等ノ如ク法律行為ニ因
リ行為者雙方ニ義務ヲ生スルモノハ雙務行為ニシテ贈與消費貸借等ノ如ク法
律行為ニ因リ行為者一方ニミ義務ヲ生スルモノハ片務行為ナリ但此區別
ハ總テノ法律行為ノ分類ニ非シテ法律行為中最モ頻繁ニ發生スル契約ノ分
類ニ過キス

三 有價行為、無價行為

有價行為、無價行為ハ行為ノ結果ニ利益ヲ生ズルモノハ有價行為、利益ヲ生
ズルモノハ無價行為ナリ

行為者ノ一方カ出捐ヲ爲シ相手方ヨリ其對價ヲ得ル場合ハ有價行為ニシテ行
爲者ノ一方ノミ出捐ヲ爲シ相手方ヨリ何等ノ對價ヲ得ナル場合ハ無價行為ナ
リ例ヘハ交換ハ有價行為ニシテ使用貸借ハ無價行為ナルカ如シ

四 生前行為、死後行為

生前行為トハ死後行為ニ對シテ稱スル區別ナルカ故ニ先ツ死後行為ヨリ説明
スヘシ死後行為トハ行為者カ其死後ニ於ケル法律上ノ效力ヲ定ムルノ目的ヲ
以テ爲ス法律行為ニシテ其死後ニ至リ始メテ其效力ヲ生スルモノナリ遺言ノ
如キ即チ是ナリ生前行為ハ死後行為ニ非サル法律行為ノ一切ヲ謂フモノニシ
テ換言スレハ行為者カ死後ノ法律上ノ效力ヲ定ムルノ目的以外ニ於テ爲ス法
律行為ナリ吾人日常ノ法律行為ノ多クハ皆生前行為ナリ

五 要式行為、無式行為

法律ニ定メタル一定ノ形式ニ從ヒ意思表示ヲ爲スヲ必要トスル法律行為ハ要
式行為ニシテ意思表示ヲ爲スニ此ノ如キ制限ナキモノハ無式行為ナリ結婚遺
言等ハ要式行為ノ例ニシテ買賣交換等ハ無式行為ノ例ナリ

六 主たる行為從たる行為

法律行為ノ成立カ他ノ法律行為ノ成立ニ關係ナキトキハ主たる行為ニシテ他ノ法律行為ノ成立ヲ待テ始メテ成立スル法律行為ハ從たる行為ナリ例ヘハ保證ノ如キハ主たる法律行為アリテ始メテ爲スヘキモノナルカ故ニ從たる行為ナリト雖モ此ノ如キ關係ナキ法律行為ハ主たる行為ナリ

以上ノ分類ハ觀察點ノ異ナルニ從ヒテ之ヲ分チタルモノナルカ故ニ必スシモ互ニ相獨立スルモノニ非ス雙方行為ニシテ片務行為タルコト贈與ノ如キモノアリ片務行為ニシテ有償行為タルコト消費貸借ノ如キモノアリ無償行為ニシテ死後行為ナル遺贈ノ如キアリ生前行為ニシテ要式行為ナル婚姻ノ如キアリ無式行為ニシテ從たる行為タル保證ノ如キアリ故ニ法律行為ノ種類トハ或便宜ノ爲メニ適宜ノ標準ヲ設ケテ之カ區別ヲ立テタルニ過キサルコトヲ注意スルコトヲ要ス

第三 法律行為ノ組成元素

法律行為ヲ組成スル元素ハ其行為ニ該クヘカラサルモノナルト否トニ依リテ

者之ヲ三種ニ分類シタリ

一 要素 (essentialis)

要素ハ法律行為ノ實質ヲ成スモノニシテ之ヲ缺クトキハ其法律行為ヲ變態セシムルモノナリ例ヘハ賣買ニ於テハ物品及ヒ代價ハ其要素ヲ成スモノニシテ此二者ノ一ヲ缺クトキハ賣買ナルモノハ存スルコト能ハサルモノナリ

二 常素 (naturalis)

常素トハ通常法律行為ニ附帶スル元素ナルモ其實質ヲ成スモノニ非サルカ故ニ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ除クコトヲ得ルモノナリ例ヘハ賣買ニ於ケル擔保義務ノ如キモノニシテ賣買ニハ普通追索又ハ瑕疵ノ擔保義務附帶スルモノナリト雖モ此義務ナキモ賣買タル實質ヲ害スルモノニ非サルカ故ニ當事者ハ其契約ヲ以テ之ヲ除外スルコトヲ得ルモノナリ

三 偶素 (accidental)

偶素トハ法律行為ノ實質ヲ成スモノニ非ス又普通之ニ附帶スルモノニモ非ス唯當事者ノ意思ヲ以テ之ニ附帶セシムルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ賣買ニ於

ヲ代價ニ支拂期限ヲ附スルカ如シ
之ヲ要スルニ法律行為ノ要素ハ其法律行為ト生存ヲ共ニスルモノナリト雖モ
常素及ヒ偶素ハ此ノ如キ關係ヲ有セス其有無ハ法律行為ノ生存ニ對シ何等ノ
カヲ有セス唯常素ハ行為者カ特ニ之ヲ除外スルニ非ナレハ當然法律行為ニ附
帶スルモノニシテ偶素ハ行為者カ特ニ之ヲ附帶セシムルニ非カレハ常ニ法律
行為ニ隨伴セサルモノナリ

第一節 總則

法律行為ノ全體ニ涉ル總則トシテハ先ツ以テ當事者カ法律行為ヲ爲シ得ヘキ
範圍ヲ明カニセサルヘカラスヤ
當事者カ法律行為ヲ爲シ得ヘキ範圍ニ關シテハ次ノ二原則ヲ以テ之ヲ概括ス
ルコトヲ得ヘシ

第一則 不能又ハ不法ノ事項ヲ目的トスル法律行為ハ有效ニ成立スルコト

能ハス

國際公法 (時)

法學博士 中村進午 講述

緒論

法律ハ時代ニ因リテ異ナルモノナルヤ例ヘハ三千年以前ノ法律ト今日ノ法律
トハ異ナルモノナルヤ又今日ノ法律ハ百年後ノ法律トハ異ナルヤ否キ法律ハ
又土地ヲ異ニスルニ因リテ異ナルモノナルヤ例ヘハ日本ノ法律ト支那ノ法律
ト異ナルヤ法律ハ又或事情ニ因リテ異ナルモノナルヤ例ヘハ日本ニ於テモ君
主專制時代ノ法律ト立憲君主制時代ノ法律トハ相異ナルモノナルヤ即チ法律
ハ時代ニ因リ事情ニ因リ土地ニ因リテ異ナリ又ハ異ナリ得ルモノナルヤ否キ
予ハ信ス斯ク法律トハ時代ト場所ト事情ト異ニスルノ理由ヲ以テ法律ニ非

ナルト否トノ標準ヲ定ムヘキモノニ非サルナリ古代ノ法律モ現今ノ法律モ其ニ法律ニシテ支那ノ法律モ日本ノ法律モ亦其ニ法律ナリ專制君主時代ノ法律モ立憲君主時代ノ法律モ亦等シク法律ニシテ此法律ハ古今ト東西トヲ通シテ一般ニ法律ト稱スヘキモノナリ故ニ通例用ヒラルルカ如キ意義ニ於テ用ヒラレタル法律例ヘハ法律トハ帝國議會ノ協賛ヲ經タルモノニ限ルトノ說ノ如キハ不可ナリ苟モ法律ト謂フトキハ世界ニ共通スル要素ヲ集メタルモノナラナルヘカラス是ニ於テカ法律ノ意義ニ付テ説明ヲ加フルノ必要ヲ見ル面シテ法律ノ意義ニ付テハ古來左ノ三種ノ說一般ニ唱道セラレ隨テ多少沿革的ニ發達シタルモノナルヲ以テ以下ニ之ヲ分析説明スヘシ

第一說 神意說

此說ニ依ル法律ノ意義ハ法律トハ神ノ命令ナリ即チ法律トハ神ノ意思ノ表現ニシテ神カ斯クスヘシ又斯クスヘカラスト命令シタル所ノモノナリト云フニ在リ是レ第十六世紀ニ至ルマテ歐洲一般ノ社會ニ通用セラレタルモノニシテ政治上ノ政略トシテ政治家カ法律ハ神ノ命令ナリ故ニ之ニ背クヘカラストシテ人

民ニ遵奉心ヲ起サシメタルモノナリト稱ス即チ若シ法律カ人ニ由リテ制定セラレ人ニ由リテ命令セラレタルモノトスルトキハ人民ハ之ニ服從シ之ヲ遵奉セタルノ虞アルヲ以テ神意ナリト稱シテ人民ニ敬畏ノ念ヲ起サシメ以テ法律ノ命令所ニ服從セシメタルナリ例ヘハ印度ノ「メニユ」亞刺比亞ノ「マホメット」「スバルタ」「ライカスガス」「ジュデヤ」ノ「モセス」等皆然ラサルナシ此ノ如ク此時代ニ於テハ神意ナリトシテ法律ヲ設タルモ人民ハ能ク之ニ服從シ遵奉シタリ然レトモ人智ノ漸次ニ進歩シテ社會ノ開化スルニ隨ヒ往往之ニ違反シ遵奉セサル者アルヲ以テ神ノ命令ヲ奉シテ之ヲ人民ニ知ラシメ又神ノ命令ニ由リテ法律ヲ媒介ヲ爲ス者ヲ生シタリ羅馬法王ハ即チ是ナリ法王ハ神ニ非サルヲ以テ法律ヲ作ルモノニ非ス唯神ノ命令ヲ奉シテ之ヲ人民ニ傳フル者ナリ法王ハ諸國ノ王ノ上ニ立テテ法律ノ取次人トシテ偉大ノ勢力ヲ有シタリ故ニ「プロタスタント」教ヲ信スル者ハ之ヲ信セサルモ「カトリック」教ヲ信スル者ハ現時ニ於テモ尙ホ悉ク此說ヲ信セリ而シテ各國ノ法律ハ神意ニ出テ羅馬法王ニ由リテ媒介セララルモノニシテ決シテ各國元首ノ作ル所ニ非スニ法王ニ由リテ成ル

モイトセリ是ヲ以テ中古ニ於テ之ヲ背キテ破門セラレ又ハ滅亡シタル國家
少シトセス然レトモ第十六世紀ニ至リ此說ニ大打破ヲ加ヘテ歐洲人一般ノ思
想ヲ變セシメタルモノアリ即チ「ヌーヴォー・グロウ・ヌウ」氏ノ自然法説是ナリ
トス

「グロウ・ヌウ」氏ハ和蘭ノ國法學者ニシテ當時書ヲ著シテ法律トハ自然ニ人民
ノ性質ヨリ出タルモノナリト主張セリ此學派ヲ自然法學派中ノ性法派ト謂フ
此說ハ法律トハ神意ニ出タルモノニ非スシテ人民ノ自然的性質ヨリ出タルモ
ノナリト唱ヘ一時ニシテ歐洲全般ニ行ハルニ至リシカ羅馬法王ノヲ聞キテ
大ニ怒リ和蘭國王ニ命シテ「グロウ・ヌウ」氏又諸國ニ命シテ氏ノ著書ヲ燒燬セ
シメタレトモ一タヒ思想界ニ浸入シタル氏ノ說ハ遂ニ全歐洲ヲ風靡スルニ至
レリ

第二説 主權者命令説

此説ニ依レハ法律トハ主權者ノ命令ナリ即チ一國ノ主權者ヨリ發スル所ノ命
令ナリトセリ此説ノ唱道者ハ英國人ニシテ「ホブズ」及ヒ「オースチン」ヲ以テ鼻祖

トス氏ノ説ニ依レハ法律トハ政治上ノ優者ヨリ政治上ノ劣者ニ命令シタル所
ノモノニシテ君主ノ命令即チ是ナリト此説ハ一時歐洲ノ或部分ニ行ハレシモ
獨佛諸國ニ於テハ之ヲ採用セラレザリシナリ其後或學者ハ法律トハ主權者カ
制定若クハ認定シタル所ノ命令ナリト曰ヒ或ハ又法律トハ主權者ノ制定若ク
ハ認定シタルモノニシテ人民ノ行為ノ標準ヲ定メ之ニ向ヒテ強制力ヲ加ヘタ
ルモノナリトノ説ヲ爲セリ而シテ茲ニ所謂行為ノ中ニハ不行爲ヲモ併セテ包
含スルモノニシテ行為不行爲(作為不作爲)ヲ併稱シ強制力トハ一ノ制裁ナリ例
ヘハ二十歳ニ達スルトキハ兵役ニ服スルノ義務行為アルニ之ヲ爲ササル者ニ
對シ一ノ制裁ヲ設クルカ如キ又租稅ヲ納メサルトキ不行爲ハ納付ヲ命シテ尚
ホ納メサルトキニ罰金ヲ科スルト云フカ如キ是ナリ

又狹義ニ法律ノ定義ヲ下ス者アリ即チ日本ノ帝國憲法中ニ謂フ所ノ法律ヲ指
シタルミ法律トスル者アリ廣義ニ依ルトキハ命令モ亦法律ナリト謂フヘキモ
此論者ノ説ニ依レハ法律トハ帝國議會ノ協賛ヲ經タルモノナラサルヘカラス
故ニ閣令、省令、府縣令、警察令ノ如キ命令ハ法律ニ非スト謂ハサルヘカラス然レ

トモ子ノ所謂法律トハ此ノ如キ狹義ノモノニ非サルナリ
第三説 人民總意説

此説ハ法律トハ人民總意ノ發表ナリト主張シ其説明ノ根底ハ君主一人ニテ單獨ニ法律ヲ制定スルコト能ハス法律ハ國家ノ秩序ヲ保持スルカ爲メニ生スルモノニシテ人民ハ國家ノ秩序ヲ保持スルカ爲メニ此法律ヲ作ルモノナレハ法律ハ人民ノ意思ノミニ由リテ成立スルモノナリ然レトモ人民ノ意思ハ外部ニ表彰スルモノニ非サルヲ以テ一箇ノ機關ヲ作リ之ヲ經由シテ始メテ法律ヲ發スルモノナリ君主ハ即チ此機關ナリト
以上説明シタル所ニ據リテ一考スルトキハ法律トハ神意ニ出テタルモノナリトスルモ君主ノ意思ナリトスルモ又人民ノ總意ナリト爲スモ自然ニ發生スルモノナリトスルモ更ニ妨ナク又時代ノ如何ト土地ノ東西トヲ問ハス法律ハ總テ法律ナリト謂フコトヲ得ヘシ是ニ於テカ子ハ一ノ定義ヲ下サント欲ス
法律トハ意思ノ衝突ヲ防キ生存ノ要件ヲ滿タサシムルカ爲メニスル所ノ一ノ形式ナリ

蓋シ茲ニ法律アルトキハ茲ニ必ス權利關係アリ權利トハ一般ニ用ヒラルル定義ニ依レハ法律ノ保護シタル自由ナリト云ヒ又ハ他人ニ向ヒテ或行爲不行爲ヲ強フル所ノ力ナリト云ヘリ例ヘハ帽子ヲ買受ケテ既ニ代金ヲ支拂ヒタルニ賣主ハ未タ帽子ヲ引渡サス行爲ヲ爲サス故ニ之ヲ引渡サシムルコトヲ要求シ又ハ子ノ乘馬ヲ奪ヒ去ラントスル者アルニ當リ之ヲ奪ハシメサル爲サシメタルノ權利ヲ有スルカ如キ是ナリ然レトモ此權利ナル文字ハ之ヲ通俗ノ意義ニ於ケル權利ト混同スヘカラス例ヘハ子ハ髮ヲ剪ルノ權利アリ男女同權ナリト言フカ如キハ權利タルニハ妨ナキモ是レ法律上ノ權利ニ非ス法律上ノ權利ト稱スルニハ常ニ法律ノ保護スルモノヲ指シタルコトノ謂ナラサルヘカラス故ニ權利トハ法律ノ保護シタルモノニシテ法律ハ權利ノ保護者ナリト謂フヘキナリ

日本ニ於テハ法律ト權利トヲ示スニ別異ノ文字ヲ以テス恰モ英國ニ於テ「ロー」ト「ライ」トヲ區別スルカ如シ然レトモ他ノ諸國ニ於テハ法律ト權利トヲ同一ノ文字ニ依リテ表彰ス例ヘハ羅馬語ノ「ジュス」ハ法律ヲ意味シ又權利ヲ意味ス

佛語ノ「ドロー」及ヒ調語ノ「ヒト」ヲ如キ即チ是ナリ然リト雖モ國家カ法律トシテ其意思ヲ表示シタルモノハ悉ク法律ニシテ此法律ハ皆行爲不行爲ヲ要求(權利)スルモノ形式ナリ而シテ此法律ナルモノハ人ト人トカ衝突ヲ始メタル時ニ生スルモノニシテ即チ生存競争ヲ維持シ社會ノ秩序ヲ維持セント欲スル時ニ出タルナリ隨テ國家カ法律トシテ出シタル所ノモノハ神意ナルト主權者ノ意思ナルト人民ノ意思ナルト又帝國議會ノ協賛ヲ經タルモノト然ラサルモノトヲ區別スルノ要ナキナリ以下此定義ニ就テ説明スヘシ

一 意思ノ衝突ヲ防クコト
人類ハ自由ト欲望ヲ有スルカ故ニ人ト人トノ間ニハ必ス衝突ヲ生ス例ヘハ二人アリ一人ハ芝ニ行カントシ一人ハ淺草ニ行カントモハ此ニ意思ノ衝突ヲ生ス故ニ之ヲ底止セサルトキハ遂ニ一方ノ路ルルニ非スシハ終ルヘカラス國家ノ關係モ亦然リ例ヘハ日本カ朝鮮ヲ獲ントシ露國モ亦同一ノ望ヲ抱クトキハ此ニ日露ノ關係ハ衝突スルナリ而シテ此衝突ヲ調和セサルトキハ即チ戰爭ヲ起シテ勝敗ヲ決セサルヘカラスニ至ル故ニ之ヲ防クノ必要ヲ生ス此衝突ヲ

防禦シテ始メテ生存ヲ全ウスルコトヲ得ヘシ然レトモ所謂衝突トハ意思ノ衝突ト行爲ノ衝突トヲ合致シタルモノナルコトヲ要ス意思ノ衝突ナキニ行爲ノ衝突アルヘキ理由ナク行爲ノ衝突アルモ意思ナケレハ衝突ト爲ラサルナリ故ニ意思ノ衝突ト言ヒタルハ意思ト行爲ト合致シタル衝突ヲ謂フモノニシテ(多少)ノ例外ヲ除キ法律ハ此衝突ヲ防止スルカ爲メニ生シタルモノナリ

二 生存要件ヲ滿タシムルコト

生存要件トハ各人ノ生存ヲ維持スル必要條件ニシテ此條件ヲ具備スルモノ最モ優等ノ地位ヲ占ム例ヘハ象カ印度ニ住ムハ其生存ニ必要ナル條件ヲ滿タスニ因リ又芋虫ノ青キモ生存條件トシテ必要ナルナリ何トナレハ芋虫カ青色ナラナレハ芋ノ葉ニ在リテ鳥類ノ爲メニ其生存ヲ害セラルルコトアルヲ以テナリ然ルニ狼ハ能ク人ト衝突スルヲ以テ屬人ノ爲メニ其生存ヲ害セラレ其數大ニ減シタリ是レ其生存ノ條件ヲ缺ケルカ故ナリ人類ハ敢テ國家ヲ作り法律ヲ設ケサルモ能ク生存スルコトヲ得例ヘハ國家組織ノナキ以前ノ人民ハ國家ナクテモ能ク生存シ又民法刑法等ノ法律ナキ以前ニ既ニ日本人アリタレトモ

能ク生存スルコトヲ得タリ然リト雖モ國家組織ナキ時代ノ人類ト今日ノ人類トヲ比較スルトキハ何人モ今日ノ人類カ生存ヲ金ウスルカ如ク太古ノ人類カ生存ヲ完ウシタリト言フ者ハアラサルヘシ又民法刑法ノ制定ナキ以前ト今日トハ如何必スヤ日ヲ同シウシテ語ルコトヲ得サルナルヘシ是レ國家及ヒ法律ハ人民ノ生存要件ヲ滿タスノ必要ヨリ起レリト謂フ所以ナリ然レトモ茲ニ所謂生存ノ要件トハ之ナケレハ人ハ生存スル能ハストノ謂ニ非スシテ唯生存スルニ得策ナリトスルニ過キス左レハ國家若クハ人類カ法律ヲ設クルハ其生存ヲ確ムル爲メニ必要ナルモノナリト謂フヘキナリ

三 法律ハ一ノ形式ナルコト

法律ハ人類生存ノ必要條件ナリトスルカ故ニ必要ナルコトハ實ニシテ之ヲ滿足セシムル爲メニ斯ノ事ヲ要ストスルコトハ一ノ外皮ニシテ即チ法律ハ皮ナリ生存ノ要件ヲ滿タスト云フハ法律ノ目的ニシテ又實體ナリ之ヲ保護シ又ハ維持スルカ爲メニ種種ノ行爲不行爲ヲ認ムルコトヲ法律ト謂ヒ之ヲ一ノ形式トハ稱スルナリ

國際公法(非)

法學博士 高橋 作 衛 講述

總論

第一章 國際法ノ名稱

國際ノ關係ヲ規定セル戰時平時ノ規定カ「インターナショナル」(International)「インターナショナル」名稱ヲ得タルハ近來ノコトナリ最初ハ一定ノ名ナク或ハ之ヲ「ユス、パ、ビー」(Jus publicum)稱セリ是レ甚タ奇ナルカ如クナレトモ「ナイス」(Nais)博士ノ「英國國際法觀念歴史」ニ依ルニ「エドワード」六世ノ時代ニ「ケンブリッヂ」大學ヲ參觀セシ「アドレー」(Adley)ノ演説ニ曰ク「ユス、パ、ビー」ノ研究ハ外國君主及ヒ外國人トノ條約ニ關シ必要ナルコト予ノ喋喋ヲ埃タストアリ又「ロッド」(Lod)ハ其教

青論ニ説キテ曰ク「箇人ニ關係スルニハ非スシテ文明國間ノ事件ニ關スル」ニ
「ステビール」ニ通曉シ難句語ニ巧妙ニ且文章ヲ能クスル者ハ世ニ用ヒラルコ
ト疑ナシ云云トアリ此ユス、ステビール」ハ今ノ國際法ナリ「ローレンス」國際法第
二七頁

次ニ耶蘇ノ聖書ハ如何ナル事件ニモ適用シ得ルト云ヘル「ビューリタン」派ノ主
義ハ「メルナルト」(Bernard)氏ヲシテ其神聖戰術法ヲ著ハサシムルニ至レリ此
書ハ千六百二十九年即チ「グロッチアス」ノ「平戰條規」ヨリ四年前ニ出版セラル(今
日モ尚ホ此「メルナルト」ト同様ノ意見ヲ有シ耶蘇聖書ハ直チニ國際法典トシテ
用フヘシト説ク者アリ米國ノ「デビス」(Davis)氏ノ如シ氏ノ昨年ノ著ニ明カニ之
ヲ記載ス又驚クヘキノ奇見ナリ予ハ後ニ至リ之ヲ辯駁スヘシ)

「ブッヘンドルフ」(Putendorf)氏ハ千六百七十二年ニ「自然法及ヒ國民法」ヲ著セリ
千七百五十八年ニ至リ「バツタル」(Vattel)氏始メテ其書ヲ「ドローワー、デ、ヂヤン」(Droit
de gens)ト名ケ是ヨリ英吉利ニ「ロー、オブ、ネーション」(Law of nations)獨逸ニ「
ハ、フ、エルケ、ターレヒト」(Völkerrecht)ナル名稱ヲ生スルニ至レリ此名稱ノ缺點ハ顯

馬「ユスゲンシアム」(Jus Gentium)ト獨立國ノ權利義務ヲ規定セル國際法ト全ク
同一ナルカノ誤解ヲ起サシムルニ在リ「マイン國際法第二七頁」

「チャーレス」一世ノ時代ニ於テ海軍裁判所判官タリシ「ズッパ」(Zouch)氏ハ始メテ
「デ、ディシ、オイ、インタル、ゼンタス」(Judicio inter gentes)ナル書ヲ著セリ此語ハ即チ
實ニ吾人ノ用フル「インターナショナル、ロー」即チ國際法ノ起源ニシテ吾人ハ
「ズッパ」カ此明瞭ナル名稱ヲ發明セルヲ感謝セスンハ非ストハ「フ、オ、リ、モ、ア、ー」
(Philimore)ノ言ナリ此語ヨリ「ベンザム」(Bentham)始メテ千七百八十年ニ「道德及ヒ
立法論」ニ於テ「インターナショナル、ロー」ナル名稱ヲ用ヒ爾來獨逸ニ「ハ、イン、タ
ー、ナ、チ、ョ、ナ、ル、レ、ヒト」佛蘭西ニ「ド、ロ、ワ、ー、ア、ン、タ、ー、ナ、シ、ョ、ナ、ール」ト聞ヒ始メ
テ國際法規ノ名目ニ關スル混雜ヲ一定スルコトヲ得ルニ至レリ

第二章 國際法ハ法律ナリヤ否ヤ

第一節 國際法ハ法律ニ非ストノ説

法理學者ニ分析派ナルモノ起リ「ベンザム」「オースチン」(Austin)ノ説一世ヲ風靡シ

其見解ヨリ断定ヲ下シテ國際法ハ法律ニ非ストノ説行ハル、
「オースチン」ノ説ノ大要ハ夫レ法律トハ主權者ノ下ス命令ニシテ制裁ヲ付シテ
行フモノナリ故ニ法律ナル觀念中ニハ命令服從即チ上下ノ關係ヲ規定セルモ
ノ及ヒ此規定ニ背ク場合ニ惡報即チ制裁ヲ下スコトノ觀念ナカルヘカラス然
ルニ國際法ニハ命令服從ノ觀念ナク平等ノ觀念ヲ基礎トス故ニ國際法ハ法律
ニ非スト云フニ在、

尙ホ其言ニ曰ク第一適當ニ法ト稱スヘキ法ハ命令(Command)ノ一種類ナリ既ニ
命令ト謂フ故ニ適當ナル法ハ確定セル出所(determinate source)ヨリ出テタルモノ
ナラサルヘカラス即チ確定セル權力者ヨリ出ツルコトヲ要ス換言スレハ法ノ
由リテ出テ來ル權力者ハ確定セル合理者(rational being)又ハ其集合ナラサルヘカ
ラス命令ナルモノハ一方カ他方ニ對シ斯ル事ヲ爲スヘシ又ハ爲スヘカラサル
トノ意思ヲ表出ス而シテ命令ヲ受ケタル他方ハ此意思ニ反スル場合ニ於テ命
令者ノ下ス惡報ニ罹ルヘキモノトス第二適當ニ制裁ト稱スヘキモノハ(every
action properly so-called)命令ニ伴フ最後ノ惡報ナリ此惡報ハ人ノ行爲ニ關シ原

動力(motive)トシテ働クモノナリ若シ惡報ニシテ命令ニ伴ハサルトキハ之ヲ正
當ナル制裁ト謂フヘカラス第三總テノ義務ハ命令ニ依リテ創設セラレタルモ
ノナリ制裁ハ命令ニ伴フ最後ノ惡報ニシテ此惡報ニ罹ルヘキコトヲ適當ナル
義務ト稱スト

此ノ如ク彼ハ法律ヲ分類シタル後殆ト嘲弄的ニ論シテ曰ク「法律ノ威モノハ與
論ニ依リテ設定セラレ之ニ相當ノ名ヲ與ヘ居レリ例ヘハ紳士間ノ輿論ニ依リ
テ設定セラレタルモノヲ名譽法(Laws of honour)ト謂ヒ流行社會ノ輿論ニ依リテ
定メラレタルモノヲ流行法(The law set by fashion)ト謂フ又獨立セル政治的團體
ノ相互ノ關係ヲ規定スルニ各國ノ輿論ヲ以テスルモノアリ之ヲ國際法ト稱ス
凡ソ此ノ如ク輿論ニ依リテ設ケラレタルモノヲ法ト稱スルハ畢竟不當ナル名
ヲ下シタルモノニ外ナラス換言スレハ法ナル語ヲ不當ニ擴張シテ用ヒタルモ
ノナリト」オースチン「法理學第一卷第七八頁」

彼ハ又國際法ヲ國際道德ナリト稱セリ而シテ彼ハ更ニ論シテ曰ク「國際法ハ自
然法即チ人類ノ上ニ規定セラレ制裁ヲ有セサル法律ナルコトヲ意味ス若シ制

裁ヲ有セザル法律ハ正當ナル法ニ非ストスレハ國際法ハ法律ニ非スシテ一ノ道徳ナリ但各國ハ國際法ヲ自國ノ國法トシテ採用スルコトヲ得而シテ此國法ハ裁判所又ハ兵力ニ依リテ他國民ニ對シテ執行スルコトヲ得然レトモ此場合ニハ之ヲ國際法ト謂フヘカラスシテ之ヲ國法ト謂フヘシ勿論此場合ニ當事者ノ主客ヨリ觀ルトキハ國際的ナルモ共通ノ權力者ナキカ故ニ之ヲ正當ニ法ト謂フコト能ハス又若シ各國民ニ共通ナル裁判所アリテ國際法ヲ執行スルコトアルモ例ヘハ仲裁裁判所ノ如シ是レ亦一ノ道徳上ノ組織タルニ過キス何トナレハ斯ル裁判所ヲ維持セントノ各國ノ同意ハ何時ニテモ法律上ノ危險ナシニ取消スコトヲ得レハナリト(オーズチン)法理學第一卷第五九四頁註

「スチーブン」(Stephen)氏モ其快利ナル論法ヲ以テ論シテ曰ク「國際法ナル語ハ不正確ニシテ且誤解シ易シ何トナレハ此語ハ種種ニ濫用セラレ正當ニ法律ト稱スヘキモノ及ヒ法律ト稱スヘカラサルモノニ混用セララルカ故ナリ國際法ナル語ハ(一)時トシテハ國際間ニ發生シタリト稱セラルル規則ニ適用セラレ(二)時トシテハ他國民ニ利害ノ關係ヲ有スル國法ニ適用セララル此前者即チ國際間ニ

行ハルル規則ニ法律ナル名稱ヲ下ストキハ其法ナル語ハ誤レル意味ヲ含ム何トナレハ斯ル法ハ共通ノ權力者ニ依リテ強行セラルヘキモノニ非サレハナリ又若シ後者ノ場合ノ如ク國法ノ規定ヲ法ト謂フトキハ其法ナル點ニ於テハ正當ナレトモ國際ナル形容詞ハ誤レリ何トナレハ此等ノ法ハ是レ國法ニシテ國際法ニ非サレハナリト

以上列記セル所ハ分析學派ノ有力ナル攻撃ナリトス吾人ハ此等ノ説ヲ是認シ既往數世紀間文明國ニ行ハレ來リタル行爲ノ規則ニ法律ナル名稱ヲ付スルコトヲ拒ムヘキカ若シ此問題ニシテ單ニ法理學上ノ無責任論ヲラシメハ國際法學者ハ斯ル問題ニ貴重ノ時間ヲ徒費セサルヘシ然レトモ不幸ニモ「オーズチン」等ノ國際法ニ下シタル評論ハ唯リ其影響ヲ法學界ニ與ヘタルノミナラス實際ニマテ影響ヲ及ホシ外交家ヲシテ國際法無視ノ口實ヲ得セシムルニ至リテハ國際法學者タル者豈ニ之ヲ默視スヘケンヤ今其國際法無視ノ一例ヲ舉ケンニ千八百八十七年六月「ロード」(Lord)「スプリ」ハ上院ニ於テ萬國仲裁裁判所建設ノ建議案ニ反對シテ曰ク「吾人ハ仲裁裁判所建設ナル高尚ナル意見ニ對シ同情ヲ

表シ恐ルヘキ戰爭モ此組織ノ爲メニ廢止セラルヘキノ日アルコトヲ希望ス然
レトモ惜ムラクハ斯ル日ハ吾人ヲ距ルコト遠カルヘシ願フニ吾人ハ此平和ノ
希望ニ對シ國際法ノ爲メニ誤ラルコト多シ元來國際法ナルモノハ普通ニ稱
スル法トシテ成立スルモノニ非ス斯ル法ハ裁判所ニテ執行セラルモノニ非
ス之ヲ法ト云フハ既ニ誤解タルヲ免レス此誤解ハ增長シテ永久平和等ノ空想
ヲ生セシムルニ至レリト(ウォルカー) (Walker) 國際法歷史第四頁故ニ「オーステ
ン」ノ說其レ自身ニ於テ「メイン」 (Maine) カ其國際法ニ於テ詳セル如ク甚タ壯
快ニシテ且無害ナル斷定ナリト雖モ一タヒ法學界ヲ出テテ内閣ニ入リ又責任
アル外務大臣ノ口吻ユ上ルトキハ爲メニ永久平和其モノマテモ一笑ニ付スル
ノ武器ト爲ルコト此ノ如キアリ吾人ハ茲ニ斯學ノ爲メニ之ヲ辯駁セサルヲ得
ス

第二節 國際法無視論ヲ辯駁セル諸學者ノ說

(一) 法律ニハ制裁ヲ要セストノ說

此說ヲ唱フル者ニモ二派アリ
(a) 「ハタスレー」 (Shain) 等ノ如ク法律ナルモノハ國家ニ對スル規則ニシテ主
權者カ臣民ニ下シ又臣民相互ノ權利義務ヲ規定スルモノニ非ス其職務執行ノ
手續ヲ定メタルモノニ外ナラスト說クアリ此說ニ依ルトキハ法ハ服從ノ關係
ヲ規定セルモノニ非ス又制裁アルヲ要セス然ラハ制裁ナキノ故ヲ以テ國際法
ハ法律ニ非スト爲スノ論ハ成立スル能ハス
(b) 他ノ派ハ斯クマテ極端ニ一切ノ法律ハ制裁ヲ要セスト論セサルモ或法律
ニハ制裁ヲ要セス故ニ制裁ハ法律ノ最必要要素ニ非スト云フコトヲ論據ト
セリ其例トシテ憲法ヲ舉ケ憲法中君主ニ關スル條項ノ如キハ上ヨリ下ニ下シ
タルニ非ス又制裁ナシ然レトモ憲法ハ法ノ一種類ナリト論セリ予カ觀シテ「ル
ノール」博士ヨリ聞ケル所ニ依レハ氏モ此派ニ屬ス氏曰ク箇人間ニ法律アル如
ク國際間ニモ法アリ此兩法ヲ差ハ制裁ノ有無ニ存ス人或ハ曰ク國際法ニモ制
裁アリ戰爭是ナリト然レトモ此考タル誤レリ何トナレハ戰爭ナルモノハ強力
ノ應用ニ外ナラス面シテ此強力ハ時トシテ不正當ニ應用セラルコトアレハ

ナリ抑モ制裁ナルモノハ必スシモ法ニ必要ナラス見ヨ彼ノ憲法ニ制裁アリヤト
(二) 國際法ニハ確定セル制裁アリ戰爭是ナリトノ説ハハ戰争ヲ制裁ナリ
上記ノ如ク「ルノール氏ハ戰爭ヲ制裁トスルコトヲ否認スルモ戰爭ヲ制裁ナリ
トシ之ヲ論據トシテ國際法ヲ法律ナリト論スル學者多シ」トウエス氏最モ明瞭
ニ此説ヲ祖述セリ曰ク吾人ハ法律の規則ト道德の規則トノ間ニ區別アルコト
ヲ認メサルヘカラス若シ行為ノ規則ノ制裁ニシテ形體のナルトキ即チ制裁ニ
シテ生命、財産ニ關スル危險ナルトキハ此行為ノ規則ハ法律の規則ナリ若シ制
裁ニシテ單ニ人ノ良心ニノミ見出サルルモノナルトキハ其行為ノ規則ハ道德
的規則トリ而シテ國際關係ヲ支配スル規則ノ形體の制裁トハ如何ナルモノナ
リヤ此質問ニ答案ヲ與フルコトハ「グロッチャス」ノ著書ノ主ナル目的ナリキ即
チ戰爭ノ權利ヲ執行スルコトハ此答案ニ適ス「アデン」能辨家曰ク戰爭ナルモ
ノハ法律的訴訟ニ依リ制限スル能ハサル者ニ向ヒテ爲ス訴訟行為ナリ何トナ
レハ法律的訴訟ハ法ニ抗スルコト能ハサルヲ自覺スル者ニ向ヒテハ有效ナレ

ト互ニ同等ノ力ヲ有スルコトヲ頼ム者ニ對シテハ戰爭ヲ訴訟ト爲スノ外ナ
キカ故ナリ然レトモ此戰爭モ法律的訴訟ト同一ノ注意ヲ以テ行ハサルヘカ
ス云云ト

(三) 國際法ニハ其法規ニ依リ確定ナル制裁ト未確定ナル制裁アリトノ説

國際法ニハ制裁ナキニ非ス然レトモ元來其制裁(「オースチン」ヲ言フカ如ク上
ヨリ下セル命令ナラサルヘカラストノ理ナシ國際法ニハ或法規ニ依リ確定セ
ル制裁ヲ有セス又他ノ法規ニハ未確定ナル制裁アリト「ローレンス」氏等ノ説
ニシテ氏ハ之ヲ敷衍シテ曰ク「國際法ニ於テモ法規ノ或モノハ法ト同シキ制裁
ヲ有ス而シテ其他ノ法規ハ各政府及ヒ國民ノ輿論ノ外別ニ強制力ヲ有セス此
等法規ニ違反セル場合ニハ其國民ハ多分其他ノ國民ヨリ或未確定ノ制裁ヲ受
クルナラシ」ト此「ローレンス」氏ノ後半ノ説即チ未確定ノ制裁ナルモノハ實ニ曖
昧極マレリト謂フヘシ唯前半ノ説即チ國際法中ノ一二法規ハ制裁ヲ有ストノ
説ハ是レ「オースチン」派モ歴史派モ一般ニ認ムル所ニシテ彼ノ捕獲法ニ關スル
モノナリ

(四) 國際法ニ關シテモ裁判所アリ仲裁裁判所是ナリトノ說

此說ハ極メテ薄弱ニシテ「オースチン」氏カ國際法無視論ハ既ニ仲裁裁判所ノ成立ヲ認メタル上ニテ立論シ「オースチン」法理學第一卷第五九四頁斯ル裁判所モ德義的組織ナリト論セシモノナレハ仲裁裁判所アルノ一事「オースチン」氏ノ攻擊ニ答フルコト能ハス

(五) 「オースチン」派ノ法律要素論ニ誤謬アリトノ說

先說ハ最モ有力ナルモノニシテ有名ナル英國歷史派ノ泰斗「マイン」^{Frederick Maitland}「クラーク」^{Charles Clark}氏之ヲ唱ヘ「ローレンス」^{John Lubbock}「オルカー」氏等之ヲ祖述シ歷史上詔原學上ヨリ全ク「オースチン」氏ノ說ヲ打破セリ予ハ此等諸氏ノ說ヲ彼此斟酌シ次節ニ於テ分析派ノ說ヲ論破シテ國際法ノ存在ヲ證明セン

第三節 「オースチン」派ノ法律論ヲ難ス

第一「オースチン」ノ說ハ歷史事實ニ反ス「サビニ」^{Savigny}ノ言ヘル如ク法律ナルモノハ發生物ニシテ次第ニ發達スルモノナリ「オースチン」ノ法律分析論ノ如

キハ中古中央集權ノ國家ニ在リテハ正當ナルヘシ然レトモ之ヲ社會進步ノ初期ニ於ケル習慣法時代及ヒ現今ノ法律現象ニ適用スルコトヲ得ス例ヘハ茲ニ習慣法ニ依リテ人ノ行爲ヲ羈束スル國アリトセンニ此國ニ於テハ何人モ何故ニ習慣法ニ從フヘキカニ付キ一點ノ疑ヲ抱カサルヘシ「オースチン」ハ尙ホ此場合ニモ法律ハ主權者ノ下ス制裁ニ由リテノミ行ハルモノナリト主張スルコトヲ得ヘキヤ蓋シ「オースチン」ハ「ダルク」^{Darke}ノ前ニ生レテ彼ノ爭フヘカラサル進化說ノ原理ヲ知ラス是ヲ以テ彼ノ狹見ヲ固執セルハ深ク之ヲ咎ムルニ足ラス唯吾人後世ノ法理學者カ尙ホ此陋見ヲ固執スルハ笑止ト謂ハサルヘカラス今予ハ次ニ先ツ法律ノ諸要素ニ付キ時代ニ依リ此要素ノ價值即チ法ノ原動力トシテノ輕重モ變遷セシコトヲ論セン

「ローレンス」博士ノ說ニ依レハ法ノ要素ハ次ノ六要素ニ別ツコトヲ得

(一) 強制力(Force)

(二) 整頓(Regulation)

(三) 秩序(Order)

(四) 正軌 (Rightness)

(五) 軌 (Uniformity)

(六) 有權者 (Authority)

此等ノ六要素ハ常ニ法律ナル複雜觀念中ニ於テ混淆シツテ存スルモノニシテ各自別箇ニ獨立シテ存スルモノニ非ス然リ而シテ此等ノ要素ハ法律ノ種類ニ依リ分量ト程度トヲ異ニシ彼ニ於テ主要ナル位地ヲ占ムルノ要素モ此ニハ主要ナル要素タラサルコトアリト知ルヘシ

茲ニ注意スヘキハ秩序ナル觀念ト軌一ナル觀念トハ相似タルカ故ニ之ヲ混同セサルコト是ナリ例ヲ以テ之ヲ説明セン茲ニ國丁アリ朝ニ庭ヲ拂ヒタニ水ヲ撒キ以テ其業ヲ規則正シク爲スコトヲ秩序アル行爲ト謂フ此秩序アル行爲ヲ毎日繰返シテ爲ス場合ニ此國丁ノ行爲ハ軌一ナリト謂フヘシ左レハ秩序ハ別別ノ事柄ヲ順序正シク爲スニ因リテ生シ軌一ハ其秩序アル同一ノ行爲ヲ繰返スコトニ因リテ生スルモノナリ予ハ是ヨリ前記ノ六要素ニ關シ必要ノ程度ニ付キ研究スル所アルヘシ

正軌ナル元素ト整頓及ビ有權者ナル元素ハ常ニ法律ナル觀念ニ伴フモノヲ主要ナリト謂フコトヲ得ス此三者ハ大抵他ノ三者中ニ含マルヘキモノトス又此後ノ三者中ニテモ軌一ナル元素ハ必要ニ非ス元來軌一ナル元素ハ物質界ノ現象ニ通スル規則中ニ於テハ最も主要ナルモノニシテ太陽ノ朝ニ東ヨリ出テ夕ニ西ニ沒スルコトハ千古其軌ヲ變セス春花麗カニ秋月清ク四時ノ節序相推移スルハ神代ヨリシテ然リ斯ク物質界ヲ支配スル規則ノ要素ニ於テハ軌一カ最も主要ヲ占ムルモノナレハ千變萬化ナル人間ノ行爲ノ規則中ニテハ主要ナリト謂フコトヲ得ス左レハ次ニ殘レル強力ト秩序ノ兩元素中ニ於テ孰レカ最も主要ナルヘキ吾人カ法律ノ定義ヲ下スニ當リ服從ヲ強行スル強力ニ重キヲ置カンカ將タ行爲ヲ秩序正シクセシムルコトニ重キヲ置カンカ此問題ヲ決スルトキハ國際法ノ法規ナルヤ否ヤノ論結ヲ得ルニ至ルヘシ此問題ニ關シ強力ヲ重スルハ「オースチン」氏ニシテ秩序ヲ重スルハ「フオカー」(Hooker)氏ナリ予ハ此「オースチン」氏ノ論ニ付テ批評ヲ下サン

前ニモ述ヘシ如ク氏ノ所見ハ實ニ一時代ノ管見タルヲ免レス國際法ナルモノノ行

ハルハ單ニ刑罰ヲ恐ルルカ爲メナル時代ニ於テハ氏ノ論正確ニシテ制裁ナ
キモノハ法ニ非スト謂フコトヲ得ヘク例ヘハ英國ニ在リテハ「ノルマン」時代ノ
國王自ラ監視タリシ時ニ於テ正當ナルヘシ是レ此時代ニ於テハ法律ハ單ニ國
王ノ意思ヨリ出テ來リ國王之ヲ強行スルニ依リテ行ハレタレハナリ然レトモ
今日ノ社會ハ之ト異ナリ強力ニ依リ惡報ヲ與フルカ故ニ法律ニ服從スルノ時
代ハ過キ去レリ法律ハ最早單ニ支配者ノ意思ヨリ發生シ來ルモノニ非ス而シ
テ法律ノ行ハルハ全ク其必要ト有益トニ存シ強力ノ如キハ常ニ必要ナルニ
非スシテ唯法律執行ノ最後ノ手段トシテノミ必要ナルニ止マル試ニ見ヨ今日
普通人民カ法律ニ服從スルハ何故ナルカヲ其服從スルハ全ク其法律ノ必要ナ
ルト有益ナルトニ因リ且人民カ法律ニ悞レタルカ故ニ知ラス識ラス服從スル
モノニシテ決シテ一制裁ヲ恐ルルカ故ニ服從スルニ非サルコトヲ知ルヘシ
共和政體ニ於テ之ヲ見ヨ此政體ニ於テハ治者被治者ノ間ニ甚シキ區別アルニ
非ス被治者タルモノ却テ實際上法律ヲ作成シ治者ノ強行スル強力ノ程度ヲ制
限シ凡ソ人民ノ協賛セサル法律ハ行フコト能ハサルコトト爲リ居レリ若シ法

律ニハ制裁ヲ要スルモノトシテ一之ヲ強行スルコト必要ナリトセハ教育衛生
製造業鑛山業運輸業等ニ關スル法律ハ行ハレサル筈ナリ試ニ例ヲ舉ケンニ若
シ兒童ヲ學校ニ出サシムルニ調査ヲシテ強テ一之ヲ學校ニ送ラシメハ如何
ニシテ教育制度ノ發達今日ノ如キニ至ルヲ得ンヤ製造業鑛山業運輸業等ノ法
規モ一法律ニ依リテ執行スルヲ必要ト爲サンニハ國民ノ過半ハ監督者若ク
ハ強行者ト爲リテ盡力スルモ尙ホ及ハサルヘシ然ルニ實際ニ於テ此必要ヲ認
メス間滑ニ此等法規ノ行ハルル所ヲ見ルトキハ彼ノ強力ナルモノハ必スシモ
法律ノ主要ナル元素ニ非サルコトヲ知ルヘシ法律ナルモノハ社會ニ漸次ニ發
達シ來リタルモノニシテ決シテ主權者一人ノ意思ノ發表ニ非サルナリ
予ハ更ニ法律進化ノ歷史上ヨリ研究ヲ爲サン既ニ述ベタル如ク中央集權時代
ノ前ニ於テ習慣法ノ時代アリ此時代ヨリシテ中央集權ノ時代來レリ是レ法律
進化史ノ第一變遷時期ナリ羅馬帝國ハ此變遷ヲ爲ス機會ヲ與ヘタルモノトス
蓋シ帝國ノ領土タル宏大ナリシヲ以テ立法ナルコトハ王ノ職務ト爲リ斯クシ
テ制定セラレタル法律ハ一般法規トシテ適用セラルルコトト爲リタリ第二ノ

變遷ハ近世ノ共和政體ニ因リテ起レリ此場合ニ於テ秩序ナル觀念ハ漸次ニ法律ノ主要ナル原素タルト同時ニ強力ナル觀念ハ法律中ヨリ漸次ニ減少スルニ至レリ以上三時代ニ付テ各異ナル點ヲ示サシカ爲メニ次ニ實例ヲ以テ之ヲ明カニセン吾人若シ習慣法時代ニ生活スル人ニ向ヒ何故ニ法律ニ服従スルカラ問ハハ彼レ答ヘテ曰ハン子カ法律ニ從フハ其歴史時代ヨリ行ハレ居ルカ故ニシテ神ハ違法者ニ罰ヲ與フヘケレハナリ」又若シ中世歐洲ニ生活セル人ニ同質問ヲ出サシニ彼ハ答ヘテ曰ハン「子若シ服従セサレハ王必ス子ヲ刑セン」ト今日吾人若シ米國人若クハ瑞西人ニ向ヒ同質問ヲ起サハ彼等ハ曰ハン「法ナルモノハ吾人ノ作成セルモノニシテ吾人カ必要且有益ナリト認ムルモノナリ但多少ノ場合ニ於テハ吾人ノ好マサル法規モ存在スルコトアラン然レトモ吾人カ之ニ從フ所以ハ全ク社會ノ公共ノ秩序ヲ重スルカ故ナリ左レハ此場合ニ於テハ吾人ハ自己ノ好惡ヲ抛擲シテ社會ノ爲メニ之ヲ犧牲ニ供スルモノナリ」ト斯ク第一時代ニ於テハ法律ハ人民ノ迷想ト慣習トニ依リテ行ハレ第二時代ニ於テハ強力ニ依リテ行ハレ第三時代ニ於テハ國民一般ノ意思ニ依ル故ニオース

チン」說ノ如キハ此第二時代ニ於テ正當ナルモノモ今日ハ既ニ陳腐ニ屬スルモノナリ

第四節 「スティーブン」氏ノ捕獲論ヲ駁ス

前ニモ引說セシ如ク戰權執行ニ關シ「スティーブン」氏ハ曰ク「此場合ニ於テハ成程正確ナル意味ニ於ケル法アリ然レトモ若シ事實ヲ正確ニ研究セハ此法ハ萬國民ニ共通ノ法ニハ非ス唯是レ此戰權ヲ執行シ封港犯ヲ罰スル國ノ國法タルノミ各國民ハ一致シテ此種ノ事情ニ關シテハ一般人類ノ爲メニ此法ヲ立ツ是レ此法ノ一般人類ニ便利ナルカ故ニシテ此理由ニ因リ各國ハ此事柄ニ關シ故障ヲ申出ササルナリ」ト此說タルヤ實ニ銳利ニシテ巧妙ナリ然レトモ之ヲ正確ナル見ト爲ス能ハズ「スティーブン」氏ハ曰ク「封港及ヒ禁制品ニ關スル法ハ萬國民ノ承認ニ因リテ成立スルモノニ非ス此一般ノ承認ナル事實ハ各國ヲシテ此等ノ法ヲ發布セシムルニ至リタル事情ニ過キサルナリ」ト然レトモ若シ此封港又ハ禁制品ニ關スルモノニ非スシテ他ノ法規ナラシメハ萬國ノ故障ヲ招カサル

ヲ望ムヘカラス必スヤ各國カ國法トシテ規定スルト共ニ他ノ條件ノ伴フニ非ナレハ國際間ニ行ヘルヘカラス他ノ條件トハ何ソ即チ各國ノ承認是ナリ一國ニテ萬國ノ刑法上等シク犯罪ト認ムル法規ヲ規定スルモ單ニ其國內臣民ニ行ハルヘキモノニ過キス他國臣民ニ對シテハ特別ノ場合ノ外行ハルヘカラス奴隸賣買ヲ以テ之ヲ例センニ此行爲タル文明諸國ノ法律ニ於テ等シク海賊行爲ナリト認ムル所ナリ海賊ニハ國法的海賊ト國際法的海賊トアリ然レトモ此國法的海賊ハ如何ナル國ト雖モ此海賊本國ノ特別ノ承諾ナクシテ逮捕スルコト能ハス固ヨリ此海賊ハ各國ノ認メテ犯罪者トスル所ナリ然レトモ此海賊ハ國際法違犯者ニ非スシテ國法の違犯者ナリ彼等ノ本國ノ船ハ彼等ニ警察權ヲ執行シ彼等ノ裁判所之ヲ裁判スルヲ原則トス若シ彼等ニシテ他國ノ軍艦ニ依リ逮捕セラレタルトキハ通例特別ノ條約ニ依リ海賊本國ヨリ裁判權ヲ認ムルヲ常トスローレンス國際法第三四頁然レトモ國際法上ノ海賊ニ付テハ法理全ク之ト異ナル此種ノ海賊ハ如何ナル國ト雖モ隨意ニ之ヲ逮捕スルコトヲ得ルモノナリ其理由ハ各國ノ國法上ニ於テ之ヲ犯罪者ト見ルノミナラス萬國共同ノ

雜 報

○永代借地權ニ關スル法律ノ公布 民法ニ於テハ物權ノ種類ヲ限定シ從來借地權ト稱シタルモノニ付テハ地上權永小作權等ヲ認メ何レモ有期ノモノトセリ(民法第二六八條第二七八條然ルニ外國ト締結シタル舊條約ノ下ニ於テ永代借地券ナルモノヲ以テ外國人又ハ外國法人ニ無期ノ借地權ヲ認メ新條約ニ於テモ其借地券ノ有效ナルコトヲ約シタルヲ以テ例ヘハ日英通商航海條約第十八條ノ如シ)特ニ外國人ニ付キ民法ノ例外ヲ認メサルコトヲ得サルニ至リ民法施行法第四十五條ニ外國人又ハ外國法人ノ爲メニ設定シタル地上權ニハ條約又ハ命令ニ別段ノ定ナキ場合ニ限リ民法ノ規定ヲ適用スル下規定セシカ今同之ニ關スル法律ヲ公布シ併セテ之ニ關スル勅令及ヒ司法內務兩省令ヲ發布セリ本年九月二十一日及ヒ二十五日ノ官報參照(今該法ノ梗概ヲ記サンニ)地券條約又ハ法令ニ別段ノ定アル場合ノ外永代借地權ヲ物權トシ民法中所有權ニ

關スル規定ヲ準用シ又之ヲ他ノ權利ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキモノトセリ(10)
其移轉ヲ第三者ニ對抗スルニハ其土地ヲ管轄スル地方廳ニ於テ地券ニ其旨ヲ
記載スルコトヲ要シ(11)永代借地權又ハ之ヲ目的トスル權利ノ登記ニ付テハ登
録稅ヲ課セシ(四)永代借地權又ハ之ヲ目的トスル權利ヲ既ニ地上權又ハ之ヲ目
的トスル權利トシテ登記セラレタルモノハ永代借地權又ハ之ヲ目的トスル權
利トシテ登記セラレタルモノト同一ノ效力ヲ有ストセリ而シテ此法律ハ公布
ノ日ヨリ施行セラレ其施行ト同時ニ右民法施行法ノ規定ハ廢止セラレタリ
○討論會 去十月二十日午後一時ヨリ本校大講堂ニ於テ和佛法學會ノ討論
會ヲ開キ左ノ問題ニ付キ討論ヲ爲セリ

根抵當ハ有效ナリヤ否ヤ若シ有效ナリトセハ其性質如何梅博士出題
此問題ハ近頃法曹社會ニ頗ル議論アル所ナルヲ以テ會員續續參集シ定刻ニ至
リ秋山學士會長席ニ著キ有效無效ノ兩論者交登壇熱心ニ討論シタル後中山學
士ハ有效論ヲ主張シ最後ニ秋山會長ハ討論者ノ所論ニ付キ短評ヲ試ミ且有效
論ヲ述ヘ尙ホ出題者梅博士ノ出席アル筈ナリシモ差支ヲ生シテ缺席セラレシ

ハ甚タ遺憾ナレトモ同博士ノ論旨ハ載セラ法學志林第二十三號ニ在ル旨ヲ傳
ヘ後採決セラレシニ其結果有效說多數ナリシヲ以テ更ニ有效說中其性質ニ付
テ採決セラレシニ借用契約上有效トスル者ト條件附債務說トハ同數ナリキ尙
ホ其詳細ハ本月二十日發行ノ法學志林ニ於テ之ヲ報告スヘシ

○講談會 去九月二十九日午後一時ヨリ本校大講堂ニ於テ本學年ニ於ケル
和佛法學會ノ第一回講談會ヲ開キ豫定ノ如ク法學士乾政彦氏ハ「羅馬法ノ一節」
法學博士岡田朝太郎氏ハ「チャールズ五世ノ刑法」法學士山田三良氏ハ「萬國工業所
有權保護同盟ニ就テ」ヲ講演アリキ尙ホ法學博士梅謙次郎氏ハ臨時登壇セラレ
テ法律ヲ解釋適用スル者ハ宜シク社會ノ實際ヲ順ミテ適當ノ判斷ヲ下スヘキモ
ノナリトノ趣旨ヲ演述セラレタリ其論旨ノ詳細ハ追テ法學志林ニ登載スヘシ
○高等特別科ノ新設 從來本校ニ於テハ高等科ノ設アリテ本校卒業生及ヒ
推選校友又ハ他ノ指定法律學校卒業生ニ限リ入學ヲ許シ之カ爲メ特別講義ヲ
開キ來リタリシカ今般更ニ右等ノ卒業生又ハ實務ニ從事シナカラ深ク法律ヲ
學修シテ辯護士、判事、檢察官、文官、高等試驗ニ應セントスル者ヲシテ其履修シタル

學術ヲ十分ニ熟習シ遺憾ナク其蘊奧ヲ研究セシムル爲メ本校ニ於テ同試験科目全部ニ付キ毎日少クモ四時間ノ特別講義又ハ演習ヲ開クコトニ決定シ本校其他各指定法律學校卒業生及ヒ之ニ準スヘキ者又ハ本校ノ銓衡ヲ經タル者ニ限リ入學ヲ許シ既ニ本月一日ヨリ開講セリ而シテ同高等特別科ノ授業時間ハ毎日午後五時三十分以後ニシテ土曜日ニ限リ午後一時三十分ヨリ開始ス

○乾講師ノ留學 本校講師法學士乾政彦氏ハ是迄教務主任トシテ本校ノ爲メ熱心盡力セラレタリシカ去十月一日文部省ヨリ民法研究ノ爲メ滿三ヶ年間獨國ニ留學ヲ命セラレ其任ヲ辭セラレタリ仍テ本校ニ於テハ去月十九日午後五時ヨリ講師會ヲ兼テ同氏ノ爲メ富士見軒ニ於テ送別會ヲ開キ同氏ヲ始メ諸講師ノ出席アリテ非常ノ盛會ナリシ尙ホ同氏ハ本月二日横濱解纜歐行ノ途ニ就カレタリ

○中山講師ノ招聘 乾講師歐洲留學ノ爲メ今般本校ニ於テハ其後任トシテ文部省參事官法學士中山成太郎氏ヲ聘シ同氏ニ教務主任ヲ囑託シ乾氏擔當ノ講義科目モ亦中山氏其後ヲ襲カルルコトト爲レリ

(注意) 校外生月謝納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分迄何月分迄ノ記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年

月分月謝

右納付候也

居所

明治三十 年

月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年

月分月謝

右納付候也

居所

明治三十 年

月 日

和佛法律學校會計局御中

校外生規則摘要

一 講義録ヲ分チテ第一學年、第二學年、第三學年ノ三部トス

一 講義録ノ掲載科目左ノ如シ

第一學年 法學通論、民法第一編及第二編第六章マテ、
刑法總論、憲法、國際公法、經濟學
第二學年 民法第三編、商法第一編、第二編、第三編、刑
法各論、民事訴訟法(第一編第二編)、刑事訴訟法、財政學
第三學年 民法(第二編第七章以下、第四編、第五編)、商法
(第四編、第五編)、民事訴訟法(第三編以下)、破産法、行政
法、國際私法

一 講義録ハ毎月二回左ノ期日ニ發行ス

第一學年 五日 第二學年 十日 廿五日
第三學年 十五日 三十日(但二月ニ限リ末日)

一 校外生ハ何時ニテモ入學スルコトヲ得

一 月謝金左ノ如シ

第一學年 金三十圓 第二學年 金四十圓
第三學年 金五十圓 全學年 金一圓

一 月謝ハ郵便爲替、銀行小切手、通連早速便ヲ
以テ東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
和佛法律學校會計局宛ニテ送付スヘシ

明治三十二年十二月九日內務省許可
明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可

明治三十四年十一月一日印刷

明治三十四年十一月五日發行

(定價金貳拾錢)

東京市牛込區早稻田町三十九番地

編輯者 松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區西ノ久保明舟町十二番地

印刷所 金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

指定

(電話番町百七十四番)